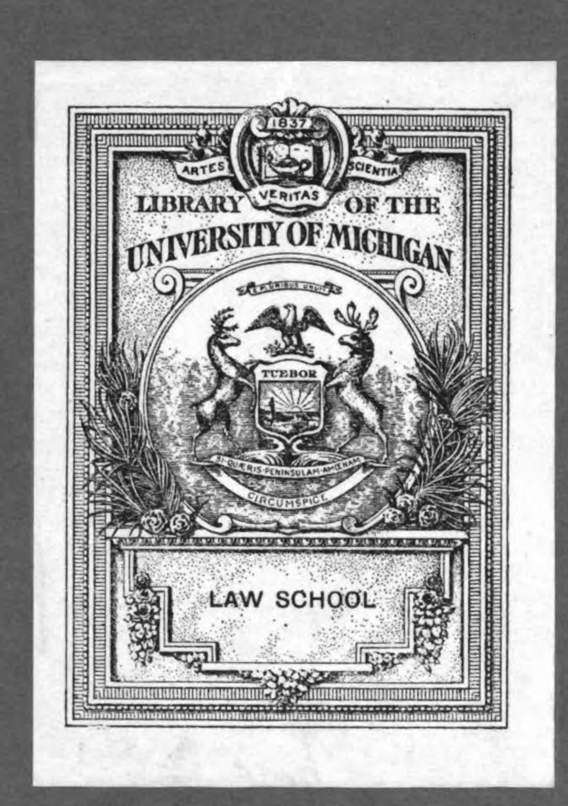
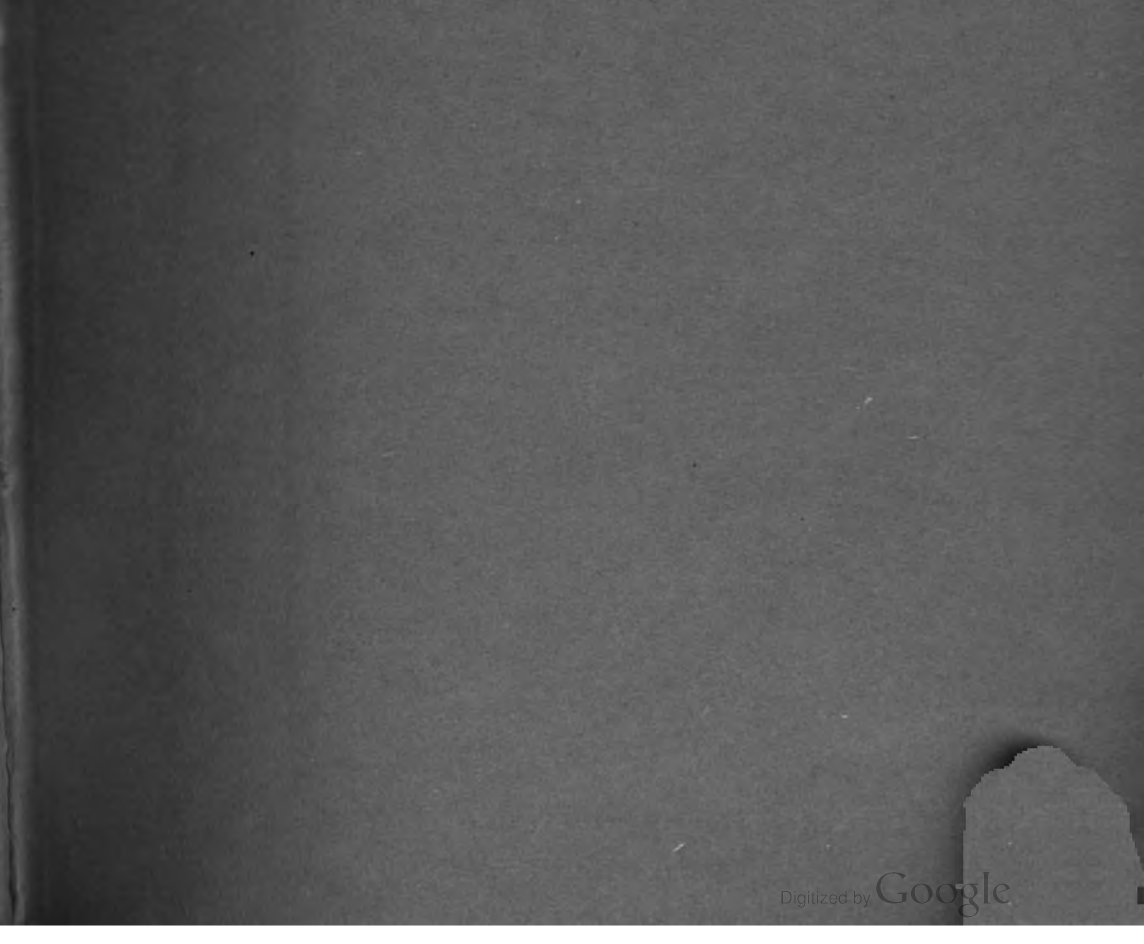
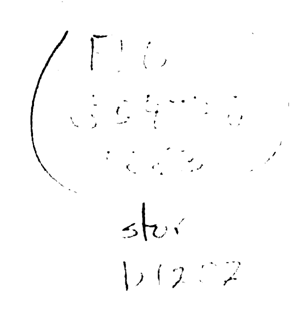









Digitized by Google



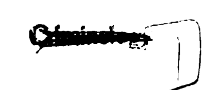
Beiträge

zur

Lehre vom Beweis

im Strafprozess.

[illegible] 1852. [illegible]
1852 No 27 [illegible] 1850 [illegible]
[illegible]



Beiträge

zur

Lehre vom Beweis

im

Strafprozess.

Von

Dr. Julius Glaser.



Leipzig,
Verlag von Duncker & Humblot.
1883.

Pierer'sche Hofbuchdruckerei. Stephan Geibel & Co. in Altenburg.

Vorwort.

Den Mittelpunkt jedes Prozesses bildet die Beweisfrage; praktisch ist sie das in erster Linie Ausschlag gebende. Die wissenschaftliche Bearbeitung des heutigen Strafprozesses aber muss dem Beweis um so grössere Aufmerksamkeit zuwenden, weil die dringendsten und wichtigsten Aufgaben derselben sind: den Fortbestand eines Beweisrechtes mit der Freiheit der Beweiswürdigung in Einklang zu bringen, ersteres unter den Schutz eines Rechtsmittelsystemes zu stellen, welches trotzdem die unabweisbaren Consequenzen der letzteren nicht verleugnet, und die Einrichtung der Geschwornengerichte zur Förderung dieser Zwecke im Sinne, wenn auch nicht in sklavischer Nachahmung des englischen Vorbildes nutzbar zu machen.

Ich habe darum in dem eben erschienenen ersten Bande meines einen Theil von Bindings „Systematischem Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft" bildenden Handbuchs des Strafprozesses die Lehre vom Beweis vorangestellt und ihr eine ausführliche Behandlung zu Theil werden lassen. Trotzdem aber musste vieles, dessen Aufnahme an jener Stelle nicht thunlich war, einer abgesonderten Publication vorbehalten werden. Diese erfolgt hiemit. Ich glaube deren Bestimmung und Verhältniss zum Handbuch am getreuesten darlegen zu können, indem ich hier das im Vorwort zu letzterem darüber gesagte wiederhole:

„Unter den Wohlthaten, die eine neue Codification gewährt, besonders eine solche, wie sie das Deutsche Reich für den Strafprozess errang, wird vielleicht keine lebhafter empfunden, als die der tabula rasa, welche sie herstellt. Sammlungen von Judicaten, literarische Bearbeitungen, welche das Entstehen und die Anwendung zahlreicher einander ewig nah und ewig fern bleibender Gesetze über dieselben Gegenstände beleuchten, Controversen, welche die unklare Fassung eines Textes, seine Vergleichung mit einem anderen, die Collision neuer Einrichtungen oder Aufgaben mit alten Traditionen, oder welche zufällig an einzelnen Orten hervorgetretene Conflicte erregten, alles dies bildet allmählich einen Apparat, der bei der praktischen und wissenschaftlichen Behandlung des Rechtsstoffes nur schwer zu benützen und doch nicht zu umgehen ist. Eine befreiende That scheint daher die neue Codification, die dies alles bei Seite schieben muss. Bald aber zeigt sich, dass dies nicht in vollem Maasse eintritt. Die Worte des neuen Gesetzes, die Einrichtungen, die es herstellt, die Geistesrichtung, welche seine Auslegung und Anwendung beherrscht: alles dies ist das Ergebniss des vorausgegangenen Rechtszustandes, der Bestrebungen, Kämpfe, ja selbst der Missverständnisse, aus denen er sich und die sich aus ihm entwickelten. Auch ist der Rechtsstoff vielfach derselbe geblieben, auf welchen eine Gedankenarbeit verwendet wurde, deren Ergebnisse von Generation zu Generation, ja von Jahrhundert zu Jahrhundert überliefert und vermehrt wurden, und auf welche nicht blos darum verzichtet werden kann, weil sie mit abgeschafften Texten und geänderten Einrichtungen in bald mehr bald weniger äusserlichem Zusammenhange stehen.

Die wissenschaftliche Bearbeitung des neuen Rechtes, zumal diejenige, die in systematischer Behandlung desselben und zu einer Zeit unternommen wird, wo die auf dessen speciellem Gebiete entstandene Literatur und Judicatur noch nicht so angewachsen sind, dass sie wesentlich fördern oder — hemmen könnten, hat daher vor allem die Verbindung zwischen Vergangenheit und Gegenwart herzustellen, zu sondern, was wirklich neu ist, von demjenigen, was nur in

neuer Fassung und Umgebung erscheint, das erstere aus sich heraus, das geschichtlich gewordene aus seiner Geschichte zu erklären, aus dem literarischen Apparat vergangener Epochen auszuscheiden, was antiquirt ist, dagegen das auch für die Zukunft werthvolle aus der seine Benützung erschwerenden Umgebung herüberzuretten auf das Gebiet des neuen Rechtes. Die systematische Form der Bearbeitung mahnt ferner dazu und gestattet es, dass dabei vorzüglich auf dasjenige Rücksicht genommen werde, was vermöge der Form der Codification nicht in den Worten des Gesetzes, nur in dessen Gesammtanlage und geschichtlicher Stellung Ausdruck findet oder was doch daraus den Anspruch auf fortdauernde Anerkennung ableitet.

Diese meine Ansicht von dem, was anzustreben Pflicht ist, wie wenig auch die Kräfte ausreichen mögen, es zu vollbringen, leitete mich bei der Entwerfung des Planes dieses Werkes und bei der theilweisen Ausführung in diesem ersten Bande, dessen zwei Bücher gerade solche Stoffe behandeln, auf welche ganz vorzugsweise das gesagte Anwendung findet. Obenan steht dabei die Lehre vom Beweis . . . . Die Raumverhältnisse . . . nöthigten mich, noch so manche ins Detail gehende Ausführungen, namentlich solche, welche der geschichtlichen Entwicklung des Beweisrechts und der Kritik der Beweise gewidmet sind, hier auszuscheiden und einem in kürzester Frist erscheinenden Excursenbande vorzubehalten. Dieser Excursenband und das zweite Buch des gegenwärtigen Werkes sind von einander unabhängig, aber bestimmt, sich gegenseitig zu ergänzen und zu unterstützen; sie bilden zusammen den Versuch einer vollständigen Darstellung oder doch der Anbahnung einer Behandlung des Beweisrechts, wie sie mir als durch die jetzige Lage des Strafprozesses dringend geboten erscheint. Namentlich die §§ 36 und 61 des vorliegenden Werkes (Beweisgegenstand und Beweislast — Indicienbeweis) bitte ich den geneigten Leser als kurze Zusammenfassung der Ergebnisse von im Excursenbande niedergelegten eingehenden Studien ansehen zu wollen".

Das dargelegte Verhältniss der beiden Bücher bringt es mit sich, dass auch hier das deutsche Strafprozessrecht vorangestellt werden musste, aber es wurde auch hier daneben das österreichische stets im Auge behalten. Es war um so leichter, dieses Buch in den Dienst beider Prozessgebiete zu stellen, weil es zumeist Materien behandelt, bezüglich welcher die geltenden Gesetze höchstens Andeutungen geben.

Wien, am 18. April 1883.

Glaser.

Inhaltsverzeichniss.

A.

Entstehung, Untergang und Nachwirkung der gemeinrechtlichen Beweistheorie.

B.

Beweisgegenstand und Beweislast.

C.

Der Indicienbeweis.

D.

Zur Geschichte und Kritik der directen Beweise.

Berichtigung.

S 223 Anm 48 streiche die Worte: „§ 9 Anm 36".

A.

Entstehung, Untergang und Nachwirkung der gemeinrechtlichen Beweistheorie.

§ 1. Das Beweisrecht vor und nach Abschaffung der Folter.

I. Niemals und in keinem Zustande der menschlichen Gesellschaft ist darauf verzichtet worden, die Wahl der Grundlagen der richterlichen Ueberzeugung der individuellen Einsicht und Willkür zu entziehen. Vielmehr wurde in dieser Richtung meistens zu weit gegangen. Das Recht der germanischen Völker der Urzeit und des früheren Mittelalters[1] verlangte, dass die Urtheiler auf ihre persönliche Ueberzeugung nicht nur keine Rücksicht nehmen, sondern zeichnete ihnen Mittel der Erprobung der Thatsachen vor, welche von letzteren ganz unabhängig und ganz verschieden von denjenigen waren, deren sich der Mensch zu diesem Zwecke im gewöhnlichen Leben bedient. Es bildete sich ein System von Rechtsnormen aus, welches einerseits mit öffentlich-rechtlichen Verhältnissen,

[1] Vgl. die Literaturangaben in Glaser, Handbuch des Strafprozesses § 6 Anm 1. Siehe namentlich Wächter, Beiträge zur deutschen Geschichte. Tübingen 1845. S 62 ff. und S 260 ff. mit reichen Literaturangaben. Köstlin, Der Wendepunkt S 208 ff. Planck in der Z f. DR X 205 ff. Derselbe, Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter II 1 ff. Biener, Abhandlungen II 144 ff. Brunner, Entstehung der Schwurgerichte. 1872. S 49 ff. 63 ff. Derselbe, Zeugen- und Inquisitions-Beweis. Wien 1866. Kries, Beweis im Strafprozess des Mittelalters. Weimar 1878. Siegel, Gerichtsverf. I 161 ff. 225 ff. Sachsse, Beweisverf. nach deutschem Recht. Erlangen 1855. Homeyer, Das sächsische Landrecht S 402 s. v. „Beweis“, S 504 ff. s. v. „Zeuge“. K. Maurer, Das Beweisverfahren nach deutschen Rechten. KrÜ V 180 ff. 332 ff. Zorn, Das Beweisverfahren nach longobardischem Recht. München 1832. Löning, Der Reinigungseid bei Ungerichtsklagen. Heidelberg 1880. Von älteren Arbeiten etwa noch: Malblank, Geschichte der peinlichen Gerichtsordnung Karls V. S 71 ff. Henke, Geschichte des deutschen peinlichen Rechts I 75 ff. 187 ff. II 39 ff. Rogge, Ueber das Gerichtswesen der Germanen S 93 ff.

vermöge welcher jedermann auch vor Gericht nur von sich und den seinen abhängig sein sollte, andererseits mit irrigen, aber allgemein verbreiteten Ansichten darüber zusammenhing, dass es dem Menschen möglich sei, für seine Behauptungen, zumal vor Gericht, eine übernatürliche Beglaubigung durch Anwendung bestimmter, vorher festgesetzter Mittel der Erprobung zu erlangen. Auf ersterem Gesichtspunkt beruhen Grundsätze, wie der, dass der Beklagte in erster Linie berechtigt sei, seine Unschuld darzuthun, ehe der Kläger zur Darthuung des Gegentheils gelangt, dass dazu sein Eid genüge, dass sein Schicksal nicht abhängig gemacht werden könne von den Aussagen und Angaben solcher Personen, die der Ankläger beliebig auswählt, ja dass ihm die Reinigung von der Anklage um so leichter gemacht wird, je fester, ehrenhafter, angesehener seine Lebensstellung, je schwächer die seines Gegners ist. Auf der Verbindung beider Grundgedanken beruht es, dass man bald mit dem Eide des Beklagten sich begnügte, bald nur die Verstärkung desselben durch die Betheuerung verlässlicher, dem Beklagten nahestehender, mit ihm sich identificirender Männer in bestimmter Zahl forderte, die seine etwaige Meineidsschuld auch auf sich nehmen wollen (Eidhelfer), — dass endlich anderswo und in anderen Fällen der gerichtliche Zweikampf den Ausschlag gab, oder die unmittelbare Herausforderung eines die vorgebrachte Behauptung bekräftigenden oder entkräftenden Wunders (Ordalien). Alle diese Wahrheitserprobungsmittel kommen darin überein, dass sie mit der zu erprobenden Thatsache nicht in einem natürlichen Zusammenhange stehen, sondern für jede beliebige Thatsache gleichmässig sich darbieten, und dass der Zusammenhang nur durch allgemeine Rechtsgrundsätze hergestellt wird, welche allerdings selbst wieder mit der allgemeinen Ueberzeugung über ihre vollkommene Eignung zu diesem Zwecke zusammenhingen und daher, so lange diese bestand, auch die Bildung einer persönlichen Ueberzeugung der Urtheiler ermöglicht hätten, wenn es auf eine solche angekommen wäre [2]. Allein nicht blos die unvermeidliche

[2] Die treffendste Charakteristik des altdeutschen Beweisrechtes bietet folgende Darstellung Plancks, Gerichtsverfahren II 2—6: „Das Beweisen besteht darin, dass die Partei den gegnerischen Widerspruch gegen ihre Behauptung durch Erfüllung der vom Gesetz zu diesem Zweck vorgeschriebenen Form beseitigt. Hierin ist folgendes enthalten. Das Beweisen ist immer eine Thätigkeit der Partei. Das Gericht bleibt unthätig, es sammelt nicht etwa von sich aus diejenigen Momente, die ihm zu einer Ueberzeugung über die Wahrheit der Thatsachen verhelfen können, welche der Parteibehauptung zu Grunde liegen, es untersucht nicht. Es erwartet vielmehr, ob es der Partei gelingt, die gesetzliche Form zu erfüllen, und beschränkt sich darauf, das Resultat der Parteienthätigkeit zu überwachen und zu beurtheilen.

allmähliche Untergrabung jener Ueberzeugung wurde diesem System der Erprobung verderblich, sondern es konnte nicht fehlen, dass die Natur der Dinge sich von Anfang an in solchen Fällen geltend machte, wo weiter reichende Mittel, die Ueberzeugung von der Wahrheit der Thatsachen zu begründen, zur Verfügung standen, Mittel, welche zwischen jener und dieser eine unmittelbar nur zwischen ihnen bestehende Verbindung herstellten: die unmittelbare Anschauung der Thatsachen durch die Urtheilenden, die ununterbrochene Uebertragung dieser Anschauung bei der Betretung auf handhafter That, die Berücksichtigung gewisser regelmässig vorhandener Spuren und Anzeichen einer bestimmten That u. s. w., ja selbst die Unzulässigkeit der Zurückweisung einer auf klare natürliche Beweise gestützten Anklage mit den Mitteln, welche für eine vorläufig unbewiesene Anklage ausreichten; — alles das erzwang sich in den mannichfaltigsten Formen eine im Laufe der Zeiten sich immer mehr ausdehnende Anerkennung. Die Trüglichkeit der alten, äusserlichen, für jede Behauptung gleichmässig verwendbaren Mittel ihrer Bekräftigung, die durch sie bewirkte Schutzlosigkeit des Schwachen und Hilflosen gegenüber dem Mächtigen und von schützenden Genossen oder Gefolgsleuten umgebenen, der Widerspruch zwischen der der Rechtspflege aufgenöthigten und der dem gesunden Menschenverstande allein einleuchtenden täglich geübten Methode der Wahrheitserforschung musste einem

---

Dies ist selbst dann der Fall, wenn die Form des Beweises auf eine Benutzung der eigenen Kenntniss des Gerichtes über gegenwärtige oder vergangene Thatsachen hinausläuft. Die Partei weist vor, die Partei bezeugt mit Richter und Schöffen. Das Mittel des Beweisens . . besteht . . in der Erfüllung einer durch das Recht selbst vorgeschriebenen Form. Zwar sind die Formen vom Recht so gewählt und ausgebildet, dass erwartet wird, die Partei, welche sie zu erfüllen im Stande ist, werde damit auch bei jedermann, insbesondere bei dem Gericht die Ueberzeugung erwecken, dass ihre Behauptung die richtige sei. Allein ob dies Resultat im einzelnen Fall wirklich erreicht wird oder nicht, ist gleichgiltig. Selbst wenn dies nicht der Fall sein sollte, durch die erfüllte Form hat die Partei bewiesen, den Widerspruch des Gegners beseitigt. Das Gericht ist ausser Stande, seine entgegengesetzte Ansicht oder seine etwaigen Zweifel zur Geltung zu bringen. Seine Aufgabe beschränkt sich auf die Beurtheilung der Frage, ob die Form erfüllt sei . . . Es bleibt in der That, wenn man, wie im deutschen Recht geschieht, darauf verzichten muss, die Prämissen des Urtheils, welches die zu erhärtende Behauptung aufstellt, zu erforschen und zu prüfen, kaum etwas anderes übrig, als das Gewicht der Persönlichkeit des Urtheilenden zum Maassstab der Prüfung zu machen, nach welchem ermessen wird, ob die Behauptung gelten soll oder nicht. . . Es ist endlich von diesem Standpunkt aus begreiflich, dass man dazu schritt, die Persönlichkeit des Urtheilenden als Ganzes im Zweikampf oder Gottesurtheil der Probe zu unterziehn, ob sie des Beistandes der Gottheit würdig sei“.

der letzteren entsprechenden, natürlichen Beweissysteme die Wege bahnen und schliesslich zum Siege verhelfen. Der Uebergang war aber kein leichter, theilweise sogar ein gewaltthätiger und die Gewissen beunruhigender[3]. Die Gefahr der Willkür, welche damit verbunden ist, dass dem Richter überlassen wird, zu urtheilen nach dem, was ihm wahr scheint, was er als Mensch für wahr erkennt, ward verkörpert durch tumultuarische Vorgänge, vermöge welcher gegen das Ende des Mittelalters namentlich die Städte der Schwäche und Schwerfälligkeit des alten Beweisrechts „schädlichen Leuten" gegenüber nachhalfen. — Es war also eine grosse Beruhigung, dass die auf dem Boden des römischen und kanonischen Prozesses stehenden Juristen die Elemente des natürlichen Beweissystems als Theile eines allgemeine Geltung in Anspruch nehmenden und solche eben vermöge dieser Verhältnisse um so leichter erringenden Rechtssystems darzustellen vermochten. Sie selbst verdrängten daher auch leichter die alten Urtheiler; und indem sie an die Stelle eines künstlichen, nur auf Rechtsnormen beruhenden Beweissystems ein anderes setzten, dessen Berechtigung in erster Linie in der unverwischbaren Natur der Dinge, in den Gesetzen des menschlichen Denkens lag, erleichterten sie den Uebergang gerade dadurch, dass sie dieses natürliche Beweissystem ihrerseits auf positive Rechtsnormen stützten, als von solchen durchaus beherrscht zeigten und die Handhabung der letzteren sich als den Kennern des Rechtes vorbehielten, wobei sie dem im Volke lebenden Bedürfniss nach einem sicheren, der individuellen Willkür entrückten Beweisrecht weitgehende Zugeständnisse machen konnten. Die Beweisquellen waren natürliche, den allgemeinen Denkgesetzen entsprechende geworden; die Nothwendigkeit des logischen individuellen Zusammenhanges zwischen der zu erweisenden und der beweisenden Thatsache war zur Anerkennung gelangt; die entscheidende Erprobung dieses Zusammenhanges durch die Ueberzeugung des Urtheilers flösste dagegen mehr als je Misstrauen ein. Je weniger der Werth eines Beweismittels von solcher Erprobung abhängig schien, je mehr es sich dazu eignete, diese durch äusserliche, greifbare, allgemein erkennbare Merkmale zu ersetzen, welche, durch positive Normen festgestellt, das Gepräge der Wahrheit dem Urtheiler fertig entgegenzubringen scheinen, desto bereitwilliger ward ihnen Platz gemacht in dem gemeinrechtlichen Beweissystem, in der zur rechtlichen Geltung erhobenen Beweistheorie; je weniger dies der Fall war, desto weniger liess man das Beweismittel als solches

[3] Wächter, Beiträge S 75.

gelten. Man glaubte so ein System aufstellen zu können, welches den richterlichen Urtheilen objective Wahrheit, nicht blos subjectives Fürwahrhalten — rechtliche Gewissheit, nicht blosse Wahrscheinlichkeit zu Grunde legt[4]. Dabei verfiel man in mehrfache Irrthümer. Die Zahl der natürlichen Beweismittel, welche eine äusserliche Gleichstellung mit den altdeutschen gestatten, ist eine sehr geringe; auf dem Boden des natürlichen Beweissystems, das seiner Natur nach einen individuell zu prüfenden Zusammenhang zweier Thatsachen fordert, ist es eben unmöglich, die Anforderungen an ein Beweismittel abstract so zu formuliren, dass mit Beruhigung ausgesprochen werden kann,

---

[4] Diese Zuversicht ist mit der Zeit, aller Evidenz zum Trotz, eher gewachsen als gefallen. Vielleicht ist sie jedoch nie so entschieden ausgesprochen worden, als zu einer Zeit, wo sie aufgehört hatte, allgemein verbreitet zu sein, von Abegg, Lehrbuch des gemeinen Criminalprozesses. 1833. S 141 ff.: „Man setzt gewöhnlich der Ueberzeugung aus objectiven Gründen die sog. ungewisse Erkenntniss entgegen, deren Stufen: Wahrscheinlichkeit, Zweifelhaftigkeit und Ungewissheit sein sollen, je nachdem bei dem Hin- und Hererwägen von Gründen für und wider, in Beziehung auf den fraglichen Gegenstand, erstere oder letztere das Uebergewicht haben, oder beide einander das Gleichgewicht halten. Eine solche Grundlage von Vermuthungen, Argwohn, Verdacht, die hauptsächlich in An- oder Wahrzeichen besteht, ist aber überhaupt keine Erkenntniss. Lässt sich aus diesen ein Schluss auf irgend einen Umstand machen, so ist dieser doch immer nur der einer Möglichkeit, und in einem ganz anderen Sinne, als bei dem eigentlichen Beweise, wo zwar auch, wie man so gern sich ausdrückt, die Möglichkeit des Gegentheils denkbar ist, aber mit dem Unterschiede, dass dort bei dem Mangel der Gewissheit, bei dem sog. unvollständigen Beweise, Gründe jener entgegengesetzten Möglichkeit bestimmt vorliegen, die hier fehlen. — Die Wahrscheinlichkeit ist zunächst als eine subjective Bestimmung aufzufassen. Dies ist auch bei dem Wissen, dem gewussten der Fall, aber dann ist auch etwas bestimmtes da, was gewusst wird, das wirkliche ist kund geworden, wovon im anderen Falle nur ein Schein vorhanden ist. Dass aber ein solcher Schein da sei, dass z. B. dem Richter etwas aus gewissen Gründen wahr scheint, wahrscheinlich ist, das ist nicht in der Sache selbst, sondern in ihm enthalten. Der Hauptgegensatz in dem rechtlichen Verfahren unserer Zeit spricht sich dahin aus, dass das gemeine Recht und mit ihm alle früheren und späteren Landesrechte eine gesetzliche Beweistheorie, ein System objectiver Gründe aufstellen, während andere Rechte, welche die Entscheidung der Thatfrage den Geschworenen überlassen, diese, wie gesagt, an keine gesetzlichen Regeln über die Voraussetzungen binden, unter welchen etwas als wahr angenommen werden soll. Für diese fällt nun der praktische Unterschied zwischen Gewissheit und Wahrscheinlichkeit hinweg, wenigstens rücksichtlich der Frage, durch welche Gründe sie die von ihnen ausgesprochene Ueberzeugung erlangt haben. Auch auf das, was nach unserer Theorie nicht rechtliche Gewissheit, sondern nur Wahrscheinlichkeit darbietet, sprechen sie in dem »Schuldig« oder »Nichtschuldig« ihre gewissenhafte Ueberzeugung als solche, als subjective Gewissheit aus“ . . .

es biete, so oft es vorgebracht werde, und gleichviel für welche Thatsache, unbedingte Gewähr der Wahrheit; es brauche nur seine Beschaffenheit, nicht seine Beziehung zum Beweissatz, geprüft zu werden. Wollte man es dennoch unternehmen, Beweismittel so zu charakterisiren, so blieb nichts übrig, als nach äusserlichen Merkmalen zu suchen, denen willkürlich eine zwar nicht völlig grundlose, aber eine übertriebene Bedeutung beigelegt wurde, während andere nicht minder wichtige Merkmale, weil sie zu solcher allgemeinen Hervorhebung nicht geeignet waren, in den Hintergrund gedrängt wurden. Die Wirkung war nun zunächst, dass die Beweisanforderungen sich im praktischen Leben als zu streng erwiesen; wo Geständniss oder zwei unanfechtbare Zeugen fehlten, hätte man Straflosigkeit eintreten lassen müssen, und da man andere natürliche Beweismittel als solche (als Grundlage der Gewissheit, im Gegensatz zum Verdacht oder Argwohn) nicht anerkannte, wäre zwar die Unschuld mehr, die öffentliche Ordnung aber eher noch weniger geschützt gewesen, als unter der Herrschaft des mittelalterlichen Beweisrechtes. Da man aber sich dabei nicht beruhigen konnte, erklärte man das, was zur Verurtheilung nicht ausreichte, für ausreichend wenigstens zur Folter, oder in minder schweren Fällen zur Forderung des Reinigungseides.

II. Die Abschaffung der Folter musste aber nothwendig eine Krise herbeiführen. Der Verlauf war ein verschiedener, je nachdem die Gesetzgebung die Lösung in die Hand nehmen konnte oder nicht. Das gemeine Recht war in der misslichen Lage, dass man eigentlich bezüglich eines grossen Theiles des bestehenden Beweissystems anerkennen musste, dass es Juristenwerk sei, welches mit den Quellen, namentlich mit dem römischen Recht, das der freien Würdigung der Beweisergebnisse stets einen sehr weiten Spielraum gewährt hatte, nicht völlig in Einklang stand[5], und dass gerade das-

[5] Es war in der That schwer, die herrschende positive Beweistheorie auf Rechtsquellen zu gründen, welche Aussprüche enthielten, wie die l 3 § 1 und 2 D de testibus 22. 5: „§ 1. Ideoque Divus Hadrianus Vivio Varo Legato provinciae Ciliciae rescripsit, eum, qui judicat, magis posse scire, quanta fides habenda sit testibus. Verba epistolae haec sunt: Tu magis scire potes, quanta fides habenda sit testibus: qui, et cuius dignitatis, et cuius existimationis sint: et qui simpliciter visi sint dicere: utrum unum eundemque meditatum sermonem attulerint, an ad ea, quae interrogaveras, ex tempore verisimilia responderint. § 2. Ejusdem quoque principis exstat rescriptum ad Valerium Verum de excutienda fide testium in haec verba: Quae argumenta ad quem modum probandae cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest: sicut non semper, ita saepe sine publicis monumentis cuiusque rei veritas deprehen-

jenige, was die Autorität der Rechtsquellen für sich hatte, unhaltbar geworden war. Letzteres war (neben der Forderung zweier Zeugen) das bestimmte Verbot des Art. 22 der Carolina: „Soll jemand endlich zu peinlicher Strafe verurtheilt werden, das muss aus eigen Bekennen oder Beweisung . . . geschehen und nicht auf Vermuthung oder Anzeigung". Allerdings ward auch der Versuch gemacht, diese Regel hinweg zu interpretiren, indem man sie bald einschränkend auslegte und zu einer blossen Mahnung zur Vorsicht herabzudrücken suchte[6], bald umgekehrt das Verbot der Verurtheilung auf Grund von blossen Indicien als mit der Anordnung der Anwendbarkeit der Folter

ditur: alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas, alias veluti consentiens fama confirmat rei, de qua quaeritur, fidem. Hoc ergo solum tibi rescribere possum summatim: non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere, sed ex sententia animi tui te aestimare oportere, quid aut credas, aut parum probatum tibi opinaris". Mit Recht bemerkt daher Savigny: „Die gemeinrechtlichen, eigentlichen gesetzlichen Beweisregeln reduciren sich auf wenige abgerissene Sätze. Die Beweistheorie ist das Ergebniss der Wissenschaft. Ob der Richter die im einzelnen vielfach bestrittenen Sätze derselben als richtig anerkennen und anwenden will, hängt zunächst von seinem eigenen Urtheil ab. Man giebt zwar an, dass die Beweistheorie durch Gerichtsgebrauch sanctionirt sei (Mittermaier, Strafverfahren. 3. Ausg. II S 288), das lässt sich jedoch nicht unbedingt behaupten".

[6] Wie andere vor ihm, namentlich auch Carpzov und Böhmer, hatte Kleinschrod in seiner Abhandlung „über die Wirkungen eines unvollkommenen Beweises in peinlichen Sachen" (Abhandlungen 1797 I Abh. 1) versucht, nachzuweisen, dass die Bestimmung des Art. 22 nur für eigentlich „peinliche" Strafen gelte, in geringeren Strafsachen aber auf Grund von Indicien verurtheilt werden könne. Der Recensent in der „Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft" (I Heft 1 S 169) bekämpfte diese Unterscheidung, meinte aber seinerseits, die Stelle besage nur, es solle nicht auf blossen Verdacht hin verurtheilt werden. Dieser Recensent war Grolman, der in seinen Grundsätzen der Criminalwissenschaft (3. Aufl. 1818 § 451) sich ausdrücklich zu dieser anonymen Recension bekennt und die dort ausgesprochene Ansicht gegen den Widerspruch Feuerbachs und Stübels aufrecht erhält. Er sieht im Art. 22 der CCC „nur eine Bestätigung" der bekannten Forderung des römischen Rechts nach indiciis indubitatis et luce clarioribus (l 25 Cod. de probat. 4. 19), eine Widerholung des Wortes Trajans: Sed nec de suspicionibus debere aliquem damnari, Divus Trajanus Assiduo Severo rescripsit, satius enim esset etc. . . . (l 25 D de poen. 48. 19); er lässt also volle Verurtheilung zu, „wenn sich aus dieser Combination ein nothwendiger Zusammenhang . . . ergiebt", erklärt es aber für zweifelhaft, ob ohne solchen „ein vollständiger Beweis aus Indicien . . . für rechtlich möglich zu halten sei", und für „bedenklich, den Richter in diesem Punkte den Geschworenen gleichzustellen". (Später ward Grolman, auf Grund gemachter Erfahrungen, ein Anhänger der Jury; s. Hitzigs Annalen XVII Nr 1 S 16.) Vergl. auch Zachariä, Grundlinien S 248—253.

untrennbar verbunden bezeichnete und daraus folgerte, mit der Folter sei auch jenes Verbot entfallen[7], bald durch die Zulassung der Ergänzung anderweitiger nicht ausreichender Mittel der „Beweisung" sich zu helfen suchte[8]. Im Laufe der Zeiten steigerte sich die Geneigtheit, durch solche bedenkliche Interpretationskünste den anderen noch bedenklicheren Auswegen zu entgehen, welche der Wegfall der Folter für zahlreiche Prozesse allein übrig liess: der Verdachtsstrafe (ausserordentliche Strafe)[9] und der als Entbindung von der Instanz bezeichneten, thatsächlich als Verdachtsstrafe wirkenden vorläufigen Freisprechung. Bis ans Ende der Wirksamkeit des gemeinen deutschen Inquisitionsprozesses konnten aber die Stimmen derjenigen nicht übertönt werden, welche den klaren Wortlaut der Carolina nicht wegdeuten lassen wollten und darauf bestanden, dass das bestehende Recht jede Verurtheilung auf Grund von Indicien verbiete (so namentlich Rosshirt und Abegg). In welchem Licht mussten da die trotzdem immer häufiger werdenden vollen Verurtheilungen auf Indicien hin dem Volke erscheinen? Dass man unter solchen Umständen nichts unterliess, was geeignet schien, die fehlende Folter zu ersetzen, dass man sich zu diesem Zweck der sog. Ungehorsamsstrafen gegen auf Lügen ertappte Beschuldigte und aller Mittel einer geistigen Tortur bediente, das Hinarbeiten auf das Ge-

[7] S. namentlich Bauer, Lehrbuch des Strafprozesses (1835) § 110 und die daselbst Anm h angeführte Literatur, sowie die umfassenden Uebersichten über die Literatur der Controverse in desselben Abhandlungen III 34. 190 Anm 11. 211 ff. 227 Anm 4 und bei Geib, Geschichte des römischen Criminalprozesses S 647 Anm 432. 433. Biener, Beiträge zur Geschichte des Inquisitionsprozesses. Leipzig 1827. S 155. 156. Dagegen namentlich Siegen, Abhandlungen (1834) S 23 ff. Rosshirt, Zwei criminalistische Abhandlungen (1836) S 19. 20.

[8] Vgl. die Zusammenstellung der verschiedenen Versuche dieser Art bei Müller, Lehrbuch (1837) § 160 Anm 7, und bei Heffter, Lehrbuch (1857) § 647 mit dem erbaulichen Schlusssatz: „Wo nun durch Landesgesetze diese Zweifel nicht entschieden sind, da muss sich die Theorie und Praxis selbst einen lichten Weg suchen".

[9] Vgl. Quistorp, Rechtliches Erachten, wie in Ermangelung eines vollständigen Beweises wider einen Angeschuldigten . . . zu verfahren sei, besonders an Orten, wo die Tortur abgeschafft worden. Rostock 1784. Ueber die heftige Bewegung, welche das umfassende Auftreten der Verdachtsstrafe in Deutschland hervorrief, s. Henke, Grundriss einer Geschichte des deutschen peinlichen Rechts II 349 ff. Jarcke, Ueber den unvollständigen Beweis und die ausserordentliche Strafe, in besonderer Beziehung auf die preussische Criminalordnung, im NA VIII 97 ff. und in Hitzigs Z X 129—224. Vgl. die fortgesetzte Controverse über diese Fragen in dieser Zeitschrift VIII 312—355 IX 149—177 X 442—451. (S. noch die Literaturangaben bei Zachariä, Handbuch II § 139 Anm 1.)

ständniss zum Hauptinhalt des ganzen Prozesses, zum Gegenstand einer förmlichen Inquirirkunst machte, war die unvermeidliche Folge.

Etwas beruhigender war die Entwickelung in den Gebieten, wo die Gesetzgebung helfend eingreifen konnte; wenigstens das eben geschilderte, alles Rechtsgefühl untergrabende Schwanken der Praxis zwischen so verschiedenen Auskunftsmitteln ward vermieden. Das preussische und sächsische Recht hielten an dem Gedanken fest, dass auf Grund des Indicienbeweises zwar Verurtheilung, aber nur zu einer geringeren Strafe erfolgen dürfe, während in Süddeutschland die Verurtheilung in die volle Strafe (Capitalfälle ausgenommen) auf Grund von Indicien gestattet wurde; daneben ward aber die Instanzentbindung und theilweise auch der Reinigungseid beibehalten [10]. Erst die Zulassung der vollen Verurtheilung auf Grund von Indicien durch die Gesetze nöthigte zur Aufstellung eines ausgebildeten Systems des Indicienbeweises [11]. Dabei blieben die Codificationen auf dem

---

[10] Wächter, Beiträge zur deutschen Geschichte S 78 ff. Besonders eingehend war die sächsische Instruction v. 2. Dec. 1770, s. Weiske, Handbuch der Strafgesetze des Königreichs Sachsen S 134 ff. Feuerbach, Die Aufhebung der Folter in Bayern, in der Themis S 239 ff., insbes. S 267. Abegg, Historisch-praktische Erörterungen S 95 ff. 235 ff.

[11] Die zahlreichsten Versuche dazu dürfte wohl Oesterreich aufzuweisen haben. In der Criminalgerichtsordnung Josephs II. v. J. 1788 ist das zehnte Hauptstück „dem Beweise des Verbrechens aus dem Zusammentreffen der Umstände" gewidmet (§§ 143 ff.). Es werden hier zwei Arten von Indicien unterschieden; beim Mord wird auf Seite des Thäters ein Motiv oder Interesse an der That, in anderen Fällen ein Lebenswandel gefordert, welcher den Beschuldigten als einen Menschen erscheinen lässt, dem das angeschuldete Verbrechen zugemuthet werden kann; ausserdem werden noch zwei der im Gesetz aufgeführten Inzichten gefordert. Trotzdem ist hier noch als Regel aufgestellt, dass bei einer Verurtheilung, welche nur auf Verdachtsgründen beruht, die Strafe immer um einen Grad niedriger gegriffen werden müsse (§ 148). Das nächste Gesetz ist das Strafgesetz für Westgalizien von 1796, welches durchaus die Grundlage der in das Strafgesetz von 1803 aufgenommenen Bestimmungen über den Indicienbeweis bildet. Die Bestimmungen des letzteren wurden, soweit sie den Indicienbeweis betrafen, durch das Patent vom 6. Juli 1833, Justizgesetzsammlung Nr 2622, ersetzt. Hervorzuheben ist namentlich, dass unvollständige (historische) Beweismittel jetzt zu „Anzeigungen" erklärt sind (im Gegensatz zur Josephinischen Criminalgerichtsordnung, welche nicht gestattete, dass selbst die Aussage eines unbedenklichen Zeugen durch zwei oder mehrere bedenkliche Zeugen zum vollständigen Beweise ergänzt werde), und dass in der Regel drei, ausnahmsweise auch zwei Anzeigungen zur Verurtheilung genügen. — Nach kurzer Unterbrechung durch die StPO von 1850 ward in der StPO von 1853 neuerdings eine Beweistheorie aufgestellt, welche an ihre Vorgänger sich eng anschloss, insbesondere auch der Regel nach drei, und nur unter gewissen (in der Person des Angeklagten oder dessen Haltung eintretenden) Voraussetzungen zwei „Verdachtsgründe" zur Herstellung eines vollen (übrigens für die Verhängung der Todesstrafe

Boden der Verdachtsstrafe mindestens insoweit stehen, als sie die Verurtheilung zur Todesstrafe auf Grund von Indicien allein nicht zuliessen und andererseits die Instanzentbindung aufrecht erhielten. Sie waren aber genöthigt, nach äusserlichen Anhaltspunkten zu suchen, um den Indicienbeweis mit dem Zeugenbeweise parallelisiren zu können, und ging es dabei ohne Künstelei nicht ab, so wirkte andrerseits die Zulassung der Indicien als eines an sich unvollständigen Beweismittels auf die Behandlung der Mittel historischer Gewissheit zurück, insofern man Zeugen u. s. w., wenn sie nicht allen gesetzlichen Anforderungen entsprachen, als unvollständige Beweismittel gelten lassen musste. Man fing damit an, Indicien gleich Zeugen zu zählen, und kam dann dazu, durch ähnliches Zusammenzählen unvollständiger Beweismittel die strengen Regeln über die Erfordernisse des Zeugenbeweises zu durchbrechen. Die Künstelei stieg, statt abzunehmen.

Je weiter dies vorschritt, desto weniger konnte man sich dabei beruhigen, das blosse Erfüllen der gesetzlichen Beweiserfordernisse als zur Verurtheilung ausreichend anzusehen. Schon Filangieri hatte, nicht ohne Einfluss der Betrachtung des römischen wie des englischen Beweisrechtes, in bewusstem Gegensatz zum geltenden Recht den Uebergang zur negativen Beweistheorie gefordert, gefordert, „dass die moralische Ueberzeugung des Richters mit der vom Gesetzgeber vorgezeichneten Norm, mit dem gesetzlichen Beweismerkmal (criterio legale) zusammentreffe“ [12]. Die Art, wie die Gesetze die Mittel

---

nicht genügenden) Beweises forderte, aber auch zwei unvollständige „Beweisarten“ oder eine unvollständige Beweisart und zwei Verdachtsgründe zur Verurtheilung ausreichend erklärte (§§ 278—282. 284); ziffermässig ausgedrückt, wird also die unvollständige Beweisart bald mit 1½ Indicien, bald nur mit 1 Indicium gleichwerthig genommen. — Neben den österreichischen Gesetzen ist es das auch in Oldenburg eingeführte bayerische StGB von 1813, welches eine vollständige Regelung des Indicienbeweises (als Grundlage der Verurtheilung zur ordentlichen Strafe, jedoch mit Ausschluss der Todesstrafe) unternahm. Daran schlossen sich die Gesetze für Sachsen-Weimar-Eisenach (1819), Hannover (1822 u. 1840), Anhalt-Dessau (1822), Mecklenburg (1841), Gotha (1836), Schleswig-Holstein (1843) u. s. w. (s. die Zusammenstellung in Bauers Lehrbuch § 110 Anm i; Mittermaier, Lehre vom Beweis (1834) § 61, Handbuch (1845) II § 177. Heffter, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts § 647. Dazu kommen, abgesehen von zahlreichen Entwürfen, die beiden von vornherein auf den Boden der negativen Beweistheorie sich stellenden Strafprozessordnungen für Württemberg und Baden. Nichts ist auffallender als die Verschiedenartigkeit dieser zahlreichen Versuche, das zu bestimmen, was Gewissheit über den Erfolg eines unternommenen Indicienbeweises gewähren soll.

[12] Scienza della legislazione l. III p. I cap. 13. 14, vol. II p 379 sq. der ed. „Filadelfia“ 1800.

historischer Gewissheit beschrieben, wie sie die negativen Anforderungen, welche sie stellen mussten, formulirten[13], bahnte allmählich den

[13] Man betrachte z. B. den § 359 der preussischen Criminalgerichtsordnung über die „Grundsätze, nach welchen die Glaubwürdigkeit der Zeugen beurtheilt wird", eine Bestimmung, welcher eine sehr eingehende Classification der Zeugen vorausgeht: „Die grössere oder geringere Glaubwürdigkeit der Zeugen hängt ab von ihren Seelenkräften u. s. w., von der Vollständigkeit, Bestimmtheit und inneren Wahrscheinlichkeit der Aussage selbst ... Es muss daher jedesmal beurtheilt werden, ob der vernommene Zeuge zu den völlig glaubwürdigen gehöre oder nicht" u. s. w. Betrachtet man die Beweisregeln des bayerischen Strafgesetzes von 1813 über das Bekenntniss des Angeschuldigten, so lässt es gewiss der individuellen Beurtheilung schon einigen Spielraum, wenn Art. 267 Z. 6 und 7 verlangen, „dass die Erzählung des Inquisiten in sich selbst zusammenhänge und in wesentlichen Dingen keine Widersprüche enthalte, desgleichen mit den über die Umstände des Verbrechens eingeholten Erfahrungen im wesentlichen übereinstimme". Trotzdem heisst es Art. 268 doch nur: „durch ein solches Geständniss kann die eigene Handlung des Angeschuldigten" „bewiesen werden". Der Nachweis des objectiven Thatbestandes kann nach Art. 269 durch das Bekenntniss des Angeschuldigten hergestellt werden, wenn nebst anderen Bedingungen auch die erfüllt ist, dass das Geständniss mit anderen erhobenen Umständen „dergestalt übereinstimmt, dass an der Existenz der That überhaupt nicht gezweifelt werden kann". Bei widersprechenden Zeugenaussagen muss natürlich Art. 294 der individuellen Beurtheilung weiten Spielraum gönnen, ebenso bei der Zusammenfügung der Aussagen nicht vollgiltiger Zeugen (Art. 288. 289: „nach vorsichtigem Ermessen des Grades ihrer Glaubwürdigkeit" — „nach Erwägung aller besonderen Umstände"). Nach Art. 328 entsteht „aus Anzeigungen überzeugende Gewissheit", wenn deren „Uebereinstimmung nach dem ordentlichen Lauf der Dinge nicht anders als aus der Begehung des Verbrechens vernünftigerweise erklärt werden kann" u. s. w. Das österreichische Strafgesetz von 1803 enthielt nicht nur zahlreiche ähnliche Wendungen bei der Schilderung der einzelnen Beweismittel, sondern im § 414 des I. Theils (entsprechend dem § 434 des westgalizischen Strafgesetzes) noch folgende allgemeine Bestimmung: „Ueberhaupt ist zur Richtschnur zu nehmen, dass kein Beweis für sich allein zu beurtheilen, sondern jeder in Verbindung mit dem ganzen Untersuchungsgeschäfte zu betrachten sei. Nachdem also entweder die Unparteilichkeit der Zeugnisse durch persönliche Verhältnisse, oder die Glaubwürdigkeit was immer für eines Beweises durch entgegenstehende Erfahrungen bedenklich gemacht wird, verliert der Beweis an seiner Kraft, und ein auf solche Art geschwächter Beweis kann nicht mehr als rechtlich betrachtet werden". Demgemäss beruft sich Jenull, Oesterreichisches Criminalrecht IV 4, in seiner Besprechung der Principien des Beweisrechts bereits ausdrücklich auf Filangieri und bemerkt, „dass die gesetzlichen Beweiseskriterien im Strafprozesse die Anwendung der allgemeinen Grundsätze über die moralische Gewissheit insofern keineswegs ausschliessen, als durch die letzteren gegen die ersteren im gegebenen Falle gegründete Bedenken erhoben werden können". Und mit Bezugnahme auf die angeführte Gesetzesstelle weist Kitka, Die Beweislehre im österreichischen Criminalstrafprozess S 429 ff. den „den deutschen Richtern" gemachten Vorwurf, „dass der Richter, sobald die zur Verurtheilung des Beschuldigten durch das Gesetz vorgeschriebenen Erfordernisse eintreten, den

Uebergang dazu, dass auch die gemeinrechtlichen Juristen anfingen, die geltende Beweistheorie als eine nur negativ bindende zu erklären[14]. Und die Gesetzgebung folgte bald wieder dem von der

Inculpaten verurtheilen müsse, wenn auch der Richter . . . Gründe hat, diese Unschuld (sic!) in Zweifel zu ziehen", als ungegründet und als Beweis, „dass jene Rechtsgelehrten von der deutschen Beweislehre keinen richtigen Begriff haben", zurück, nicht ohne anerkennen zu müssen, dass „dieser Irrthum auch bei den deutschen Richtern nicht ganz ausgeschlossen" ist. — Als endlich die österreichische StPO von 1853 in ihrem § 260 die Bestimmung des § 414 StGB von 1803 reproducirte, zugleich aber in einem zweiten Absatz den Grundgedanken der negativen Beweistheorie ausdrücklich mit den Worten aussprach: „Der Richter ist folglich auch bei dem Dasein der in dem gegenwärtigen Gesetz . . . aufgeführten Beweiserfordernisse nicht verpflichtet, den Angeklagten als schuldig zu verurtheilen, wenn er aus der aufmerksamen Erwägung aller Umstände die Ueberzeugung von der Schuld desselben nicht erlangt hat" — konnte v. Hye-Glunek, Die leitenden Grundsätze S 291 sagen, die StPO habe „hiemit nur den gleichen Grundsatz, der bereits in dem im StGB v. 3. Sept. 1803 . . . enthalten war, vervollkommnet", allerdings mit dem Zusatz, jener Gedanke sei früher doch nur „hie und da von dem einen oder anderen Doctrinär oder Praktiker schlussfolgerungsweise aus dem Gesetz . . . heraus interpretirt worden". — Am besten ist der durch die Gesetze selbst unwissentlich bewirkte Uebergang zur negativen Beweistheorie von Savigny, Principienfragen S 71 geschildert: „Selbst bei dem directen Beweise muss das meiste dem richterlichen Ermessen anheimfallen. Der Regel nach enthalten denn auch alle positiven Beweisregeln in sich eine Bestimmung, welche ihre Anwendung wiederum von dem eigenen Urtheile des Richters abhängig macht. Das Geständniss soll ein freies, ernstes, der Irrthum beim Widerruf des Geständnisses soll wahrscheinlich, die beiden Zeugen, deren übereinstimmende Aussage vollen Beweis giebt, sollen glaubwürdig, das Gutachten der Sachverständigen soll mit überzeugenden Gründen unterstützt sein u. s. w.; überall Nebenbestimmungen, über welche der Richter, und zwar meist ohne alle Anleitung des Gesetzes, nach eigenem Ermessen zu urtheilen hat. Man sieht hieraus, dass selbst in Ansehung der directen Beweise die Beschränkung des Richters nur eine scheinbare ist". Praktisch läuft dies aber ganz auf dasselbe hinaus, was ein Gegner der negativen Beweistheorie, und zwar sowohl ihrer Anerkennung als ihrer Einführung, Abegg (Beiträge zur Strafprozessgesetzgebung. 1841. S 142 ff. 147. 148), zur Rechtfertigung der positiven Beweistheorie auseinandersetzt. Vgl. auch Biener, Abhandlungen aus . . der Rechtsgeschichte II 162.

[14] Der Uebergang von der theoretischen Empfehlung der negativen Beweistheorie zu der Behauptung, dass sie dem deutschen geltenden Recht zu Grunde liege, ist ein ganz unmerklicher. So lange der Gegensatz zwischen positiver und negativer Theorie nicht theoretisch formulirt war, hatten die Darstellungen des positiven Rechtes keinen Anlass, ihr gegenüber Stellung zu nehmen. So finden wir in Feuerbachs Lehrbuch keine Andeutung davon; in dem von ihm verfassten bayerischen Strafgesetz finden sich zwar Wendungen, welche eine Auslegung im Sinne der negativen Theorie gestatten (s. Art. 259: „Niemand kann . . . verurtheilt werden, ausser wenn durch positive Beweise zur Gewissheit gebracht ist" . . ., vgl. auch Art. 260 und die Anm 13 angeführten Stellen), allein schon beim Augenschein Art. 261 heisst es wieder: „ist als rechtlich erwiesen zu betrachten" u. s. w., z. B.

Wissenschaft gegebenen Impulse und stellte in den StPO für Württemberg (1843) und Baden (1845)[15] eine Beweistheorie auf,

Art. 263. 266 u. s. f. — Dagegen ist in Feuerbachs Betrachtungen über das Geschwornengericht (Landshut 1813. S 126 ff.), welche so bald nach der Entstehung des Strafgesetzes geschrieben sind, schon der Gedanke der negativen Beweistheorie und deren Name zu finden; aber die Darstellung ist überwiegend die einer Forderung an den Gesetzgeber, allerdings nicht ohne den Versuch, auch der bestehenden Gesetzgebung den Anspruch zu vindiciren, derselben theilweise bereits entsprochen zu haben. Wir finden später dieselbe Empfehlung der negativen Beweistheorie, ohne die bestimmte Behauptung, dass sie dem deutschen Recht zu Grunde liege, in Feuerbachs Werk „Die Gerichtsverfassung und das gerichtliche Verfahren Frankreichs" S 419, wo er fordert, dass „von der Meinung und Willkür des Richters unabhängige, folglich objective, äussere Ueberweisungsgründe bestehen müssen, an welche dessen verdammender Ausspruch gebunden sein muss" (vgl. das. S 461. 462). Henke hatte in seiner „Darstellung des gerichtlichen Verfahrens in Strafsachen" (1817) S 145 ff. die Urtheile der Geschworenengerichte als die „Ordalien der Neuzeit" erklärt, weil die Geschworenen an gesetzliche Ueberzeugungsgründe nicht gebunden seien, von dem „Zeitalter weit vorgeschrittener Verstandesbildung" aber verlangt, „dass es dem Richter die Quellen bestimme, aus denen allein er eine mehr oder weniger vollständige Ueberzeugung schöpfen darf"; diesen Forderungen entspreche, abgesehen von der Folter und der Unterschätzung des Anzeigenbeweises, die Carolina. Und unter ausdrücklicher Anführung Feuerbachs bemerkt er bezüglich der Theorie des Beweises: Alle darauf sich beziehenden gesetzlichen Vorschriften dürfen indess, wenn der Zweck nicht verfehlt werden soll, nicht positive, „nur negative sein". Allein in der Einzeldarstellung der Bestimmungen über die Beweise hat er offenbar eine positive Beweistheorie vor Augen, z. B. § 120 II. In seinem Handbuch des Criminalrechts (1838) IV 415 dagegen zählt er sowohl die deutschen Particulargesetze als die gemeinrechtliche Gesetzgebung von dem Tadel los, der sie mit Recht treffen würde, wenn sie „durch positive Beweisregeln die richterliche Ueberzeugung zu binden unternähmen und den Richter nöthigten, da zu verurtheilen, wo er nicht überzeugt sein kann; auch die Carolina stellt keine anderen als negative Normen auf". — Mittermaier nimmt in der „Lehre vom Beweis" (1834) S 84 ff. allerdings die deutsche Strafrechtspflege gegen den Vorwurf in Schutz, „dass ein deutscher Richter, sobald er zwei Zeugen übereinstimmend in ihrer Aussage findet, auch diese Aussage für wahr halten muss"; allein von der negativen Beweistheorie spricht er hier noch immer als von einem der Wege, die die Gesetzgebung einschlagen kann, und noch im Handbuch des Strafverfahrens (4. Aufl. 1845, I 535) sagt er von ihr, es lasse sich nicht beweisen, „dass sie der CCC und den Ansichten der Juristen vorschwebt"; allerdings fügt er hinzu, „sie liegt jetzt, als durch die Praxis und die Wissenschaft ausgebildet, dem gemeinen Recht zu Grunde", führt dafür aber keinen anderen Beweis an, als Kitkas Beweislehre. Eine ganz ähnliche Wandlung bemerkt man, wenn man die Darstellung in Zachariäs Grundlinien (1837) § 177 S 179. 180 mit der in desselben Gebrechen und Reform des deutschen Strafverfahrens (1846) S 200. 201 vergleicht: „Auch aus dem gemeinen Recht lässt sich . . . nur eine negative Beweistheorie begründen". Gegen diese „Fiction" s. Köstlin, Wendepunkt S 119.

[15] Die Bestimmungen der badischen StPO über den Beweis fanden combinirt mit denen des österreichischen Rechtes Eingang in den für Ungarn in den

die sich ausdrücklich als negative gab, und zwar nicht blos dadurch, dass die Gesetze einen allgemeinen Satz aufstellten, der dem Richter die Freiheit lässt, nicht zu verurtheilen, wenn er nicht überzeugt ist [16], sondern auch durch die Fassung der einzelnen Beweisregeln, die nur von der Möglichkeit rechtlicher Gewissheit sprechen, und durch den nahezu völligen Verzicht auf Regeln für die Beurtheilung der Ergebnisse des Anzeigen- und des zusammengesetzten Beweises.

Die Bewegung war also ausgegangen von dem Bedürfniss der Erweiterung des Kreises der zulässigen Beweismittel, von der Anerkennung, dass die Anforderungen des gemeinen Rechtes an den gesetzlichen Beweis (ohne Erzwingung durch die Folter) zu streng seien, um die öffentliche Rechtsordnung zu sichern, und sie führte, indem sie diese Erweiterung erwirkte, dahin, dass umgekehrt den Beweisregeln nur zum Schutz des Angeklagten Geltung verbleiben sollte. Damit war, abgesehen von den Verwickelungen, in die man bezüglich des Entlastungsbeweises gerieth [17], stillschweigend die Unmöglichkeit an-

---

Jahren 1841—1843 bearbeiteten Entwurf (in deutscher Uebersetzung Leipzig 1843). Ueber die Bewegung auf diesem Gebiete bis zur Mitte der vierziger Jahre dieses Jahrhunderts gewährt noch immer die beste Uebersicht Mittermaier, Die Mündlichkeit. Stuttgart u. Tübingen 1845.

[16] Ausdrücklich im § 270 der badischen StPO, nur angedeutet und etwas zurückhaltender ausgedrückt in den Art. 284 u. 285 der württembergischen StPO.

[17] Die Savigny'sche Denkschrift macht S 73 darauf aufmerksam, dass Beweisregeln, welche sich darauf beschränken, „die Kraft der einzelnen Beweismittel zu bestimmen", „bei allen einzelnen in der Untersuchung zur Sprache gebrachten Thatumständen zur Anwendung kommen müssten". Dies sei aber, angewendet auf dem Angeklagten günstige, mit dem Gegenstand der Anklage „nicht unmittelbar in Verbindung stehende" Thatumstände, für den Angeschuldigten sehr gefährlich. Man müsste sich also „entweder in eine sehr bedenkliche Casuistik einlassen oder in Beziehung auf die Vertheidigungsmomente den Richter mit Entbindung von allen Beweisregeln lediglich an seine Ueberzeugung verweisen. Damit würde man dann freilich den Angeschuldigten hinreichend schützen, aber zugleich auf nicht zu verantwortende Weise das Gemeinwesen blos stellen". In der That waren in dieser Hinsicht die Ansichten sehr getheilt. So schliesst sich Zachariä, Gebrechen und Reform S 200 der strengeren Ansicht an, „indem es für den Entschuldigungsbeweis keine andere Art von Gewissheit geben kann als für den Anschuldigungsbeweis". Im wesentlichen der gleichen Meinung ist Henke, Handbuch IV 423 ff. mit einer, auch in der württembergischen StPO Art. 289 hervorgehobenen Ausnahme bezüglich formeller Mängel des Entschuldigungsbeweises. Die eben angeführte Bestimmung der württembergischen StPO lässt aber auch sofort den Widerspruch erkennen, wenn bei einer wesentlich formellen Vorschrift wieder gewissermaassen Form und Wesen unterschieden werden. Allerdings aber stellt sich der nachfolgende Artikel 290 ganz auf den entgegengesetzten Standpunkt: „Die zur

erkannt, eine Theorie aufzustellen, welche die Gewähr für die objective Wahrheit der Aussprüche bietet, da vielmehr der Richter von Fall zu Fall die Verlässlichkeit des angeblich objective Wahrheit verbürgenden Beweismittels erproben sollte. Man konnte nicht mehr sagen: Wahr ist, was durch Beweismittel von dieser oder jener Beschaffenheit bestätigt ist; man musste hinzufügen: „sofern der Richter keinen Grund findet, trotzdem diese Wahrheit zu bezweifeln".

Die negative Beweistheorie verwickelt sich also in einen unlösbaren Widerspruch: sie beruht auf dem Gedanken, dass es möglich und nöthig sei, nicht blos die Beweisqualität, sondern auch die Beweiskraft durch abstracte Regeln zu bestimmen, und sie schenkt diesen das Vertrauen, das sie dem Richter versagt, dass dadurch das richtige getroffen werde; zugleich aber bezweifelt sie dies wieder und findet die entscheidende Gewähr nicht darin, dass die Beweismittel jenen abstracten Anforderungen entsprechen, sondern in dem Eindruck, den sie auf den Richter machen, also in der Urtheilskraft des letzteren. Damit ist überdies die Möglichkeit geschaffen, dass die Beweismittel wohl allen gesetzmässigen Anforderungen entsprechen, jedoch in den Augen des Gesetzes selbst werthlos sind, weil die entscheidende Probe versagt, die Ueberzeugung des Richters, letztere zwar nichtsdestoweniger vorhanden ist, aber auf Gründe sich stützt, deren Beweiskraft das Gesetz nicht anerkennt. Es zeigte sich also, dass alle diese Versuche, durch abstracte Regeln den Richter bei der Würdigung des Beweises zu leiten, ihm die sachgemässe Beurtheilung des einzelnen Falles erschweren, dass sie, statt ihn gegen Fehlgriffe zu sichern, ihn zu solchen verleiten können. Es kam aber dazu, dass die Idee der negativen Beweistheorie in der Erfüllung der gesetzlichen Beweisanforderungen das mindere, in der individuellen Ueberzeugung des Richters das durch diese nicht immer zu erlangende höhere erkennen lässt, im Leben aber es sich in der Regel umgekehrt verhielt. Die Ueberzeugung war vorhanden und kein Zweifel übrig, der irgend einer vernünftigen Prüfung Stand gehalten hätte, aber den äusserlichen, relativ willkürlichen Beweisanforderungen war nicht genügt. Dieses das Rechtsgefühl verletzende Ergebniss zahlreicher Prozesse gab dem nicht minder verletzenden Institut der Instanzentbindung einen Halt, der discreditirend auf das ganze System zurückwirkte. Es brachte

Vertheidigung gereichenden Umstände sind auch dann zu beachten, wenn sie nur wahrscheinlich gemacht sind". In gleichem Sinn Mittermaier, Handbuch II 310, welcher geradezu erklärt, die Beweistheorie beziehe sich nicht auf solche Umstände; ebenso Kitka, Beweislehre im österreichischen Criminalstrafprozess S 32. 33.

aber auch, im Gegensatz zu der Grundidee, die Gewöhnung des Richters mit sich, die Erfüllung der gesetzlichen Beweisregeln als das schwerere und seltenere anzusehen, und machte ihn geneigt, es mit der individuellen Prüfung leicht zu nehmen, wenn jener genügt war: d. h. der Uebergang von der positiven zur negativen Beweistheorie vollzog sich in der Praxis nur sehr unsicher, man kann sagen, gar nicht; der doppelte Schutz, den letztere dem Angeklagten bieten sollte, blieb eine Täuschung, die sich nicht selten als verhängnissvoll erwies, — die öffentliche Rechtsordnung aber litt unter den Anforderungen der ihr gegenüber jedenfalls negativ wirkenden Beweistheorie, noch mehr aber unter dem Aergerniss der Instanzentbindung und unter dem fortwährenden Conflict zwischen der wirklichen Ueberzeugung des Richters und der ihm a priori aufgenöthigten[18]. Alles dies erklärt endlich den übertriebenen Werth, welcher dem Geständniss des Beschuldigten beigelegt wurde, und die daraus erwachsenden Missbräuche.

§ 2. Das Beweisrecht im Streit um die Strafprozessreform.

Es musste endlich aller Welt klar werden, dass hier das Recht der Juristen und das Recht des Lebens in einem unlösbaren Widerspruch stehen; jenes musste weichen, und der Versuch, durch Satzungen und Gesetze den Richter bei der Würdigung des Beweisergebnisses zu binden, ihm das Resultat derselben hypothetisch vorzuzeichnen, musste als völlig misslungen aufgegeben werden. Das Königreich Sachsen war mit seiner V v. 30. März 1838 hierin vorausgegangen; ein zur ständischen Verhandlung gebrachter Entwurf einer

---

[18] Man sehe z. B. hierüber die ausserordentlich sachgemässe Darstellung von Buttel (Hagen und Buttel, Der Richter als Geschworner? oder Geschwornengericht? Oldenburg 1843. S 174. 175), wo von einer durch die formelle Beweistheorie herbeigeführten „förmlichen Corrumpirung der richterlichen Vernunft“ nicht ohne Nachweis der Vorgänge gesprochen wird, welche daraus entstehen, „dass das formelle Gerüste in gar zu vielen Fällen nur das Verbrechen begünstigt, das Schuldigsprechen aber seine eigentliche Begründung nur in der Spitze einer letztlich unbeweisbaren Ueberzeugung findet, und es daher als etwas ungehöriges empfunden wird, wenn gleichwohl hier das Gesetz mit innerer Unmöglichkeit eine logisch-allgemeine Beweisbarkeit voraussetzt; so gehen, um dieses Widerspruchs willen, die Gerichte immer weiter dazu fort, die formellen Requisiten des Gesetzes in einer für das Richteramt unwürdigen Weise zu schikaniren, indem sie die Vernunft zur Aufstellung von Scheingründen und sozusagen absichtlichen Selbsttäuschungen missbrauchen, um sich für die Construirung des Beweises die nöthige Willkür zu erobern“.

Strafprozessordnung verfolgte diesen Weg weiter, und die mehrerwähnte Savigny'sche Denkschrift von 1846 wies auch Preussen auf denselben.

Allein der bisher dargestellte Streit um die Beweistheorie ward nicht isolirt geführt, und dies übte einen bedenklichen Einfluss auf die Auffassung des unvermeidlich gewordenen Umschwunges. So wie er nach dem bisher gesagten die Frage der Instanzentbindung berührte, so wurde auf der einen Seite die Möglichkeit und Nothwendigkeit richterlicher Begründung des Ausspruches über die Thatfrage und die Zulässigkeit einer Berufung gegen denselben — auf der anderen die Bedeutung der subjectiven Ueberzeugung des Richters als einer auf verständiger Erwägung oder auf blossem dunklen Gefühl beruhenden und der Gesammteindruck der Beweisverhandlung im Gegensatz zur Prüfung des Ergebnisses der einzelnen Beweismittel in den Kreis der Erörterung gezogen, und dasalles diente wieder als Angriffs- und Vertheidigungswaffe in dem Kampf um das Geschwornengericht.

Man hatte dabei in erster Linie die französische Jury vor Augen, und Gegner wie Verfechter des Geschworenengerichtes kamen stillschweigend darin überein, dass der Richter, der, entbunden von Beweisregeln, inappellabel und ohne Abgabe von Entscheidungsgründen über die Schuld des Angeklagten urtheilt, als Geschworener entscheide[19], und andrerseits, dass der Geschworene auf Grund seines

[19] S. z. B. Henke, Handbuch IV 416. 417 und die dort Anm 1 angeführte Literatur. Nicht mehr so schroff wie in seinen früheren Werken der Jury entgegentretend, sagt dort Henke: „Wenn der Beweis blos in das Gewissen des Richters gelegt ist, können Strafurtheile immer nur als Urtheile der Willkür erscheinen. Denn statt dass nach rechtlicher Ordnung einer jeden Verurtheilung der juristische Beweis der Schuld vorausgehen und zum Grunde liegen muss, würde sich bei solcher Einrichtung die Verurtheilung zugleich selbst als ein juristischer Schuldbeweis geltend machen und nichts anderes sein als eine Verurtheilung auf ein blosses Fürwahrhalten oder auch wohl Fürwahrausgeben. Es giebt demnach keine andere Wahl als die zwischen allgemeinen, gesetzlich vorgeschriebenen Beweisnormen, nach welchen der zugleich über die Schuld erkennende Richter seinen Schuldausspruch zu rechtfertigen hat, und dem Schwurgerichte. Denn wo dem Richter keine Jury zur Seite steht, da müssen andere, von der Meinung und Willkür dieses Richters selbst unabhängige, folglich objective, äussere Ueberweisungsgründe aufgestellt werden, durch welche dessen verdammender Ausspruch ebenso bedingt sein muss, wie unter Voraussetzung der Jury durch das Verdict der Geschwornen". Wenn auch wiederholt anerkennend, dass ein Schwurgericht „eine gesetzliche Beweistheorie keineswegs ausschliesst", bezeichnet es Henke a. a. O. S 411 doch als einen Streit „zwischen den Lobrednern des an keine gesetzliche Beweistheorie . . . gebundenen Schwurgerichts und den Gegnern dieses Institutes",

Gefühls, seiner orakelhaften moralischen Ueberzeugung urtheile, wobei der Ausdruck „conviction intime“ eine grosse Rolle spielte, während nur

---

„ob das Gesetz des Staates auch den Beweis, die Gründe der Gewissheit, die Beweismittel, welche die Kenntniss dieser Gründe verschaffen, die Art der Benutzung dieser Mittel und die Kraft, welche sie für die Ueberzeugung des Richters haben können und sollen, zu bestimmen habe, oder ob nicht vielmehr dasjenige Urtheil, welches lediglich die Existenz oder Nichtexistenz von Thatsachen und Verhältnissen zum Gegenstande hat, . . . einzig der Einsicht und Urtheilskraft derjenigen anheimgestellt werden müsse, welchen im gegebenen Falle der Ausspruch über die Thatfrage zusteht“. Spricht so ein Anhänger der negativen Beweistheorie, so sei auch angeführt, wie sich ein Anhänger der positiven, Rosshirt, ausspricht. Rosshirt ist ein solcher gleich Abegg, und, bemerkenswerth genug, gleich diesem ein entschiedener Gegner der Verurtheilung auf Grund blosser Indicien (wobei er aber, von Abegg sich trennend, Verurtheilung zur ausserordentlichen Strafe zulässt). Vor den Gefahren, die mit solcher verbunden wären, warnt er denn eindringlich in seiner Abhandlung „über den Geist des deutschen Strafverfahrens“ (Zwei criminalistische Abhandlungen. Heidelberg 1836). Er leugnet, dass sich für den Indicienbeweis Regeln aufstellen lassen, die juristischer Handhabung fähig sind (S 19. 52 ff.), und kommt zu dem Resultat (S 56 ff.), „dass der sogenannte Indicienbeweis das gefährlichste und schlimmste in den Händen stehender rechtsgelehrter Richtercollegien ist . . . Wie ganz anders steht es hier mit dem Geschworenen, zumal wenn er seinen jungfräulichen Spruch thut“. Vorausgeschickt ist aber die entschiedenste Bekämpfung der Jury. Den gleichen Gedankengang findet man bei Abegg, Beiträge zur Strafgesetzgebung. 1841. S 136 ff. Noch schärfer ist hier der Gegensatz der rechtlichen Gewissheit und der directen Beweismittel zu Wahrscheinlichkeit und Indicien betont und für den Fall der Verzichtleistung „auf jede feste Beweistheorie“ die Alternative gestellt, „die Thatfrage . . . nach dem subjectiven Ermessen, ohne rechtfertigende Gründe zu verlangen, entscheiden zu lassen, entweder durch Geschworne, was allein eine Bedeutung haben kann, oder durch die rechtskundigen Richter, was der schlimmste Ausweg ist, den man vorschlagen konnte und der auch nirgends eine gründliche Vertheidigung hat finden können“. Hören wir nun dagegen einen der ältesten Befürworter des Geschwornengerichts, Justus Möser! Auf der einen Seite sagt er: „Wie glücklich ist der Mensch, dass er durch die allmächtige Wirkung eines Totaleindruckes und nicht durch kleine abstrahirte Regeln zum Handeln bestimmt wird . . . Zum Glück müssen die meisten abgezogenen Regeln in dem Augenblicke der Handlung und Entscheidung dem Totaleindrucke weichen. In den meisten Ländern werden die Verbrechen nach abstracten Regeln verdammt, aber in England erkennen zwölf Totaleindrücke über die concrete That“. — Auf der andern Seite erklärt er: „Die gefährlichste Wendung, welche wir zu befürchten haben, ist nun diese, dass Ungenossen-Richtern die Macht gegeben wird, . . . nach dem gewöhnlichen Ausdruck mit Hintansetzung unnöthiger Formalitäten zu entscheiden, wenn diese von dem dürren Buchstaben der Gesetze auch nur ein Haar breit abweichen dürfen“ . . . Von der Heftigkeit, mit welcher andere Vertheidiger der Jury, wie z. B. Welcker (Artikel „Jury“ in B IX des Staatslexikons, Sonderabdruck 2. Aufl. Altona 1848), den Gedanken, den rechtsgelehrten Richter von der gesetzlichen Beweistheorie zu entbinden, von sich weisen, bedarf es keiner Proben. Wesentlich auf diesem Boden

bei tiefer gehenden Untersuchungen mehr auf den Gegensatz des Totaleindruckes gegen die zersplitternde Betrachtung des Ergebnisses einzelner Beweismittel Gewicht gelegt wurde [20]. Genährt wurde diese

in streng sachlicher Darstellung Rintel, Von der Jury (1844) S 31. 55 ff. Zentner, Das Geschwornengericht (1830) S 312. Vergl. über diese Frage namentlich auch Mittermaier, Strafverfahren II 316 Anm 52.

[20] Der Gedanke, dass die einzelnen Beweismittel in ihrer Beweiskraft nicht endgiltig gewürdigt werden können, ohne dass auf das Ergebniss anderer Beweisführungen Rücksicht genommen wird, hat auch in der gemeinrechtlichen Theorie, namentlich in der Betonung der Harmonie der Beweise, stets eine grosse Rolle gespielt (s. z. B. Stübel, Das Criminalverfahren §§ 1071 ff. 1145. Globig, Theorie der Wahrscheinlichkeit I 65 ff.). Sehr scharf betont war diese gegenseitige Controle der Beweise in der österreichischen Gesetzgebung, wo diese Bestimmung den Uebergang zur ausdrücklichen Anerkennung der negativen Beweistheorie bildete. Damit ist aber die ursprüngliche Bedeutung geändert, denn im Sinne der älteren Theorie war nur davon die Rede, dass der Rechnung gewissermaassen eine Gegenrechnung gegenübergestellt werden könne: den gesetzlich zulässigen Beweisgründen muss durch die Collision mit anerkannten Gegengründen die Beweiskraft genommen werden. Im Gegensatz hiezu erklärt der 2. Absatz des § 260 der österreichischen StPO v. 1853 den Richter schon für „nicht verpflichtet, . . . zu verurtheilen, wenn er aus der aufmerksamen Erwägung aller Umstände die Ueberzeugung von der Schuld . . . nicht erlangt hat“, freilich mit dem Zusatz: „sondern ihm darüber aus entgegenstehenden, aber deutlich zu bezeichnenden Gründen noch Zweifel übrig bleiben“. In letzterem Sinne betont Art. 285 der württembergischen StPO von 1843, dass „die übrig bleibende blosse Möglichkeit des Gegentheils nicht in Betracht komme“. Allein die Schriftsteller, welche hier ins Auge zu fassen sind, beachten in dem Wort „Totaleindruck“ nicht so sehr die Hinweisung auf die Totalität, als den „Eindruck“, die Nichtbeziehung auf die abstracten Regeln, die nur für einzelne Beweisarten gelten und nur für einzelne Beweismittel berücksichtigt werden können. In diesem Sinne sprach Möser von den zwölf Totaleindrücken des englischen Prozesses (s. oben Anm 19). Nur allzuhäufig ward der Ausdruck missbraucht, um an das dunkle Gefühl zu appelliren, und in einer für spätere Zeiten nachtheiligen Weise ebenfalls gleichmässig von Feinden und Freunden der Jury. Nur selten findet man, und dann fast immer bei letzteren, eine wirklich sachgemässe Erörterung. Eine solche bot, aus der Praxis der französischen Prozessformen heraus, Oppen, Geschworne und Richter. Köln 1835. S 45 ff. Dort heisst es u. a.: „Der Gesetzgeber unterstellt, dass es eine Sprache der Wahrheit gebe, die niemand lernt aber jeder versteht, dass bei einiger Aufmerksamkeit auch dem gewöhnlichen Menschenverstande der Unterschied zwischen vollkommenster Darstellung und vollkommener Wahrheit bemerkbar sein werde, und rechnet bei einer ununterbrochenen Reihenfolge von Handlungen auf den Totaleindruck, sowie sich derselbe bei einem Gemälde nicht durch einzelne Pinselstriche, sondern durch die Physiognomie des ganzen bestimmt. Diese Verfahrungsweise findet ihre Gegner in den Anhängern der Beweistheorie und Regeln; gleichwohl sind die Fäden, an welche sich die innere Ueberzeugung, die moralische Gewissheit einer Thatsache knüpft, oft so fein und in einander verschlungen, dass es schwer sein würde, sich selbst und wie viel mehr anderen davon in allen Einzelheiten Rechenschaft zu

Art der Polemik dann auch durch die Betrachtungen, welche an Aufsehen erregende Criminalprozesse, wie sie dies- und jenseits des Rheins hervortraten, sich knüpften und nothwendig eine Vergleichung des beiderseitigen Beweisrechtes mit sich führten, die aber, weil sie immer zu einem vorausbestimmten Zweck unternommen wurden, auf einseitiger und ungründlicher Darstellung beruhten[21].

Im grossen und ganzen kann man diese, eine massenhafte Literatur bildende Polemik dahin zusammenfassen, dass die einen die Jury zurückwiesen, weil sie mit einer gesetzlichen Beweistheorie unvereinbar sei, aber auch letztere für unerlässlich erklärten, weil man sonst unbedingt die Jury einführen müsste; die anderen umgekehrt aus der Unhaltbarkeit der gesetzlichen Beweistheorie die Nothwendigkeit der Jury deducirten[22].

---

geben; sie wäre Erzählung des erlebten, und der Eindruck auf den Zuhörer wieder ein anderer . . . . . In der That wäre es eine ganz sonderbare und in sich widersprechende Verfahrungsweise, wenn der Richter den Geschwornen bei jedem einzelnen Falle vor allen Beweisregeln um deswillen warnen wollte, weil er sie bei ihm voraussetzte; das ist gewiss nicht seine Ansicht! Er will sich vielmehr mit dem Fürwahrhalten des Geschwornen, auch wenn sich dieser keine Gründe angeben kann, begnügen, und kann es, weil dies Fürwahrhalten auf die Evidenz, auf die Anschauung alles dessen, was vor dem Auge des Geschwornen geschieht, gegründet worden ist; ein unerspriessliches Wortspiel aber wäre es, den Totaleindruck eines Vorgangs, wie ihn dessen Vorüberschreiten an dem Beschauer erzeugt, ohne dass er sich über die Art und Weise der Entstehung Rechenschaft giebt, ein Resultat der geprüftesten Regeln und wahrer Beweisregeln zu nennen, welche Regeln sich sodann wieder darauf beschränkten, dass es keiner Regel bedürfe, sondern der gesunde Menschenverstand auch ohne das klare Selbstbewusstsein der Beweggründe ausreiche". Gegen die Verwechselung des „Totaleindruckes" mit der „von Feuerbach mit Recht getadelten Annahme eines Wahrheitsinstinctes" verwahrt sich namentlich Zentner S 366, ebenso Köstlin, Wendepunkt S 118 und 119, der Feuerbach vorwirft, er unterschiebe „einen blinden Instinct, ein grundlos beliebiges Fürwahrhalten".

[21] Diese Controversen über einzelne Fälle, wie z. B. die Prozesse Fonk-Hamacher, Fualdes, La Roncière, Lafarge einerseits, andererseits der Wendts, welcher nach deutschem Inquisitionsprozess auf Grund derselben Akten von drei Collegien drei Urtheile erfuhr, die zwischen qualificirter Todesstrafe, theilweiser Instanzentbindung und gänzlicher Freisprechung von allen Anschuldigungen variirten u. dgl., bilden eine höchst umfassende Literatur, welche heute auch nur anzuführen, kaum verlohnen dürfte. Eine Ausnahme darf vielleicht mit dem Prozess Lafarge gemacht werden, welcher von Männern wie Luden (in den Bran'schen Miscellen), Temme und Nörner (Der Prozess Lafarge, beleuchtet nach preussischem Strafrecht. Berlin 1841) besprochen und benutzt wurde, um dem französischen Prozess- und Beweisrecht das Spiegelbild des deutschen entgegenzuhalten, während das gleiche, vom Standpunkte des englischen Rechtes aus, in einer den ephemeren Zweck weit überragenden Weise in der Edinburgh Review Nr 152 Juli 1842 geschah.

So führt Feuerbach gewissermaassen für beide Parteien das Wort, wenn er, gegen die Einführung der Geschworenengerichte nach französischem Vorbild sprechend, sagt: „Wo das Gesetz über Art, Mittel und Kraft der rechtlichen Beweise keine Vorschriften oder leitenden Grundsätze ausspricht; wo es den Urtheilern lediglich überlassen ist, aus welchen Quellen sie ihre Ueberzeugung schöpfen; wo sie blos auf die Eindrücke, welche das vor ihren Augen und Ohren gerichtlich verhandelte in ihrem Gemüthe hervorbringt, als letzten entscheidenden Grund ihres Urtheils verwiesen sind; wo diesen Urtheilern nicht einmal zugemuthet wird, dass sich ihr eigener Verstand der Ueberzeugungsgründe klar und deutlich bewusst sei, geschweige, dass sie durch Aufzählung und Abwägung der überzeugenden Gründe ihr Urtheil vor irgend eines andern Menschen Verstande zu rechtfertigen brauchten; wo die in die äussere Form eines Urtheils eingekleidete Versicherung: »wir sind von der Schuld überzeugt« statt alles rechtlichen Beweises an und für sich allein schon als die förmliche juridische Gewissheit gilt: da ist — wenn . . . . . das Gericht, um einen Verdächtigen durch den Blitz eines Strafurtheils niederzuwerfen, mehr nicht bedarf, als mit andern Worten zu sagen: er verdient es, weil wir gewissenhaft dafür halten, er habe es verschuldet, und wir sind dessen überzeugt, weil wir

[22] Ganz abseits steht die Begründung des Geschwornengerichtes, die von Hegel (Grundlinien der Philosophie des Rechts, 2. Aufl. § 227) ausgeht und von Gans (Beiträge zur Revision der preussischen Gesetzgebung. 1830. I Abth. 1 Nr 6. Der Richter als Geschworner) sowie von Köstlin (Wendepunkt S 120. Das Geschwornengericht, für Nichtjuristen dargestellt. 1849. S 1. 2) und bei Hagen und Buttel (S 177. 178) vertreten, aber auch von Anhängern der Jury, wie z. B. schon von Zentner (S 309: „Die Geschwornen sind Urtheiler, nicht Bekenner“) und Dernburg (Ueber den Werth und die Bedeutung der Schwurgerichte. 1848. S 14. 15 bekämpft wird. Hegel sagt: „Es soll hier eine Gewissheit erlangt werden, keine Wahrheit im höheren Sinne, welche etwas durchaus ewiges ist: diese Gewissheit ist hier die subjective Ueberzeugung, das Gewissen, und die Frage ist, welche Form soll diese Gewissheit im Gericht erhalten. Die Forderung des Eingeständnisses, abseiten des Verbrechers, welche sich gewöhnlich im deutschen Rechte vorfindet, hat das wahre, dass dem Recht des subjectiven Selbstbewusstseins dadurch ein Genüge geschieht: denn das, was die Richter sprechen, muss im Bewusstsein nicht verschieden sein, und erst wenn der Verbrecher eingestanden hat, ist kein fremdes mehr gegen ihn in dem Urtheil. Hier tritt aber nun die Schwierigkeit ein, dass der Verbrecher leugnen kann und dadurch das Interesse der Gerechtigkeit gefährdet wird. Soll nun wieder die subjective Ueberzeugung des Richters gelten, so geschieht abermals eine Härte, indem der Mensch nicht mehr als Freier behandelt wird. Die Vermittelung ist nun, dass gefordert wird, der Ausspruch der Schuld oder Unschuld solle aus der Seele des Verbrechers gegeben sein, — das Geschwornengericht“.

eben überzeugt sind: — da ist, soweit solche Einrichtung reicht, nichts anderes zu finden, als die Justiz der Willkür" . . . „Zwei Wege wurden bisher von der Gesetzgebung versucht, um dem Volke die gerechte Ausübung der Strafgewalt zu verbürgen: entweder man liess das Urtheil über die Strafe selbst in einer und derselben physischen oder moralischen Person vereinigt, stellte aber gesetzliche Regeln über den Schuldbeweis auf und verpflichtete den Richter, seinen Ausspruch über Schuld oder Nichtschuld durch Subsumtion seiner Ueberzeugungsgründe unter die gesetzlichen Beweisregeln äusserlich zu rechtfertigen; oder aber man beschränkte das Gericht lediglich auf das Urtheil über die Strafe, und machte dieses abhängig von der erklärten übereinstimmenden Ueberzeugung anderer, von dem Gerichte selbst verschiedener Personen über das Dasein der Schuld, mit anderen Worten: von dem Schuldausspruche unbetheiligter Mitunterthanen (Pairs) des Angeklagten (Geschworne). Wo die Gesetzgebung weder durch das eine, noch durch das andere Mittel Fürsorge getroffen hat, da mag man wohl von einer Strafgewalt sprechen, aber eine Strafgerechtigkeit ist, wenigstens der Form nach, nicht vorhanden".

Gegen diese Einigkeit im Widerstreit kamen die Stimmen, welche die Abschaffung der Beweistheorie ohne Einführung der Jury[23] für

[23] Eine Zwischenstufe bildet in dieser Epoche die Frage der Entscheidungsgründe. Stimmen, welche schon damals es für unzulässig erklärten, dass der ständige Richter seine Entscheidung über die Thatfrage begründe, sind selten (Köstlin, Wendepunkt S 114; auch Wächter scheint Beiträge S 79. 80 dieser Ansicht zuzuneigen); im allgemeinen wird beiderseits angenommen, dass diese Begründung mit der Entscheidung der Thatfrage durch ständige Richter verbunden sein könne und solle, und wird — wie schon frühere Anführungen zeigen — bei Vertheidigung der gesetzlichen Beweistheorie mehr und mehr auf die dadurch gebotene Möglichkeit der Begründung das Hauptgewicht gelegt und eben damit in erster Linie die Jury bekämpft. So noch Mittermaier (vgl. Die Mündlichkeit u. s. w. S 405) in seinem Handbuch des Strafverfahrens, 4. Aufl. II 316, wo er ablenkend von dem von ihm noch im ersten Bande dieser Auflage S 534. 535 eingenommenen Standpunkt der negativen Beweistheorie sagt: „Wenn man auch durch rechtsgelehrte Richter das Urtheil fällen lässt, können Beweisregeln aus dem Gesetze wegfallen; nur wird man dafür sorgen müssen, dass durch andere Garantien das Vertrauen zu den Urtheilen begründet wird; der Vorschlag aber, die rechtsgelehrten Richter als Geschworne urtheilen zu lassen (also auch ohne Entscheidungsgründe), wird keine Billigung verdienen". (Braun, auf dessen „Hauptstücke des öffentlichen mündlichen Verfahrens" sich Mittermaier hier beruft, ist aber nicht blos gegen die Entbindung der rechtsgelehrten Richter von der Abgabe von Entscheidungsgründen, sondern für eine Beweistheorie nach niederländischem Vorbild, a. a. O. S 154. 155.) Die Gesetze,

möglich und wünschenswerth hielten, nicht auf. Noch weniger ward zur Klarheit gebracht, dass zum mindesten neben der englischen Jury, was doch Feuerbach nicht verschwieg und Männer wie Henke, Biener und Mittermaier betonten, ein entwickeltes Beweisrecht bestand, — dass der Verzicht auf die Regelung der Beweiswürdigung durch Gesetze nicht nothwendig zur Rechtlosigkeit des Beweises führen müsse und thatsächlich nirgends dazu geführt hat.

§ 3. Das Beweisrecht im reformirten Strafprozess.

Erst der plötzliche Durchbruch des reformirten Strafverfahrens im Jahre 1848 und den folgenden Jahren löste diese Verkettungen. Die Abschaffung der gesetzlichen Beweistheorie ward rasch für den grössten Theil der deutschen Staaten eine vollzogene Thatsache, und zwar ebensowohl in Gebieten, wo vollständig neue Strafprozessordnungen zu ungehemmter Ausprägung des neuen Princips Gelegenheit boten (wie in Thüringen, Oesterreich, Braunschweig, Hannover), wie in anderen, wo das mündlich-öffentliche Verfahren auf die bestehenden Prozessgesetze nur aufgepflanzt wurde (wie in Bayern, Preussen, Württemberg, Baden, beiden Hessen), — ebensowohl im Königreich Sachsen, wo die Schwurgerichte ausgeschlossen blieben, wie in den Ländern, wo sie Eingang fanden. Was einst so gegensätzlich schien, stand nun neben einander, wie es freilich auch im Musterlande, in Frankreich, gestanden hatte: Jury und rechtsgelehrte Richter, beide gleichmässig von Beweisregeln entbunden. Und gerade dies drängte alle Vorstellungen in den Hintergrund, welche die „innerliche Ueberzeugung als eine Art Orakel, als den Ausdruck eines dunklen Gefühls, als die Regung eines Wahrheitsinstinctes erscheinen liessen; man erkannte, dass für Richter wie für Geschworene die gleiche Beweisfreiheit, aber auch die gleiche Pflicht des Richtens nach Beweisen bestehe. Das Geschäft

welche das französische Vorbild beibehalten, aber die Jury nicht angenommen hatten, wie die meisten italienischen jener Zeit (s. Glaser, Handbuch § 15 IV), standen fast alle auf diesem Standpunkt (nur das neapolitanische verlangte Entscheidungsgründe und das niederländische stellte Beweisregeln auf). Beweisfreiheit mit Entscheidungsgründen statuirte das sächsische Ges von 1838 und der schon angeführte Entw, sowie der bayerische Entw von 1831. Den gleichen Standpunkt nehmen ein Möhl, Z f. deutsch. Strafverfahren II 285 (vgl. auch Möhl das. NF II 184 ff.), Molitor das. III 39 ff., Höpfner, Der Anklageprozess. 1844. S 60, u. a. Die wichtigste Vertretung aber fand er in der v. Savigny'schen Denkschrift, in welcher allerdings die Forderung der Entscheidungsgründe nur kurz behandelt, aber doch aufgestellt wird (S 59).

des Urtheilens über die Schuldfrage ist die nämliche geistige Arbeit des Ueberlegens und der Abwägung der Beweise, mögen Staatsrichter oder Geschworne zu urtheilen haben"[24]. Dernburg[25] erklärte es für eine ganz falsche Vorstellung: „es gebe zweierlei Wahrheiten, die sich specifisch unterscheiden, nämlich eine räsonnirte Wahrheit und eine gefühlte Wahrheit; jene Wahrheit müsse der Richter geben, diese der Geschworne". „Die Freiheit der Ueberzeugung", sagt Walther[26], „darf aber nicht mit Laune und Willkür identisch genommen werden. Es handelt sich hier nicht um den Gegensatz von Vernunft und Willkür, sondern um den Gegensatz von allgemeiner, abstracter, gesetzlich bindender Vorschrift und derjenigen Freiheit, welche zwar nicht durch solche Vorschrift gefesselt ist, aber sich doch durch Logik und Erfahrung leiten lässt". „Die Emancipation von den Beweisregeln", sagt Schwarze[27], „hat weder die Richter noch die Geschworenen von der Pflicht, die Beweise nach den Regeln der Logik und nach den Sätzen der Erfahrung zu prüfen, entbunden, noch ihnen die Befugniss, ohne Prüfung der Beweise nur jenem unsicheren und schwankenden Totaleindrucke die Entscheidung anheimzugeben, eingeräumt". „Die deutschen Gesetze seit 1848", sagt Planck[28], „haben die auf den Werth der benutzten Quellen bezüglichen Vorschriften . . . aufgehoben und die Urtheiler auf ihre freie Ueberzeugung verwiesen. . . . . Jedenfalls wird die Kenntniss jener früheren Regeln, die auf der Erfahrung der Jahrhunderte beruhen, Parteien wie Urtheilern auch heute noch von unentbehrlichem Nutzen sein". Eng daran sich anschliessend bezeichnet

---

[24] Mittermaier ANF 1854 S 134; in der Schwurgerichtszeitung II 17 ff.

[25] Werth und Bedeutung der Geschwornengerichte S 18.

[26] Bayerisches Strafprozessrecht S 324. [27] GA 1857 S 726.

[28] Systematische Darstellung S 196. Vgl. das. S 383. 384: . . . „Wenn gleich die Regeln derselben über Werth und Unwerth der einzelnen Beweise als positiv-gesetzliche Vorschriften nicht mehr in Kraft sind, so sind doch die meisten von der Beschaffenheit, dass jeder gesunde Menschenverstand bei dem Geschäfte der Prüfung historischer Gewissheit sich ihrer bedienen muss. Denn in der That sind sie weiter nichts als das Resultat einer durch Jahrhunderte gesammelten Erfahrung, welche sich fast auf alle Gebiete menschlicher Begebnisse erstreckt. Diese Beweistheorie, auf welche unsere Strafprozesslehrer so viel Sorgfalt verwendet haben, darzustellen, ist nicht länger die Aufgabe der Strafprozesstheorie. Schwerlich aber wird ein Staatsanwalt oder Vertheidiger seine eigene kleine Erfahrung als reicher an Umfang und zuverlässiger, sorgfältiger Sichtung jenem Schatz von Jahrhunderten entgegensetzen wollen, auf welchen mit Geringschätzung herabzusehen fast zum guten Ton der neueren Zeit zu gehören scheint". Einverstanden erklärt sich hiemit John, Kritiken strafrechtlicher Entscheidungen (1866) S 168.

auch Dollmann die Bedeutung des eingetretenen Umschwunges als beschränkt auf die Herstellung der „Freiheit des richterlichen Ermessens hinsichtlich der Würdigung des Beweisergebnisses", verweist aber den Urtheiler an die Beobachtung der Gesetze der „Logik und Lebenserfahrung, an gewissenhafte Abwägung der Gründe und Gegengründe auf dem Wege der Reflexion" und auf den rationellen Gehalt der gemeinrechtlichen Beweistheorie[29]. Zachariä[30] gesteht es offen ein, dass man (er) der negativen Beweistheorie „nur so lange das Wort geredet, als man noch in gewissen Missverständnissen über ihre eigene Bedeutung und über das sog. Richten nach subjectiver Ueberzeugung befangen war", und erklärt es daneben für selbstverständlich, „dass mit der gesetzlichen Beweistheorie nicht die theoretisch-praktische . . . Beweistheorie verwechselt werden darf, deren Beachtung für jeden Urtheilsfäller — Richter oder Geschwornen — von Werth und Wichtigkeit ist".

Bei aller Uebereinstimmung hinsichtlich des Grundsatzes fehlte es doch nicht an Zweifeln und Meinungsverschiedenheiten bei der

---

[29] Dollmann, System des bayerischen Strafprozessrechts (1864) S 91. 92. — Zu Plancks eben angeführten Worten setzt sich Dollmann nur dadurch in Gegensatz, dass er für die verwerthbaren Theile der gemeinrechtlichen Beweistheorie nicht blos „die volle Beachtung des Richters" in Anspruch nimmt, sondern auch „in einer wissenschaftlichen Darstellung auch des neuesten Rechtes ihre berechtigte Stellung".

[30] Handbuch II 400. 401. Vgl. S 409. 422. 423. — Es wäre nicht schwer, die Citate zu vermehren; doch wird es genügen, noch hinzuweisen auf: Abegg, ANF 1849 Beilageheft S 102. 103. Rüttimann, Die Züricherischen G über Rechtspflege. 1853. S 248 ff. Arnold im GS 1858 S 42. Tippelskirch in GA 1857 S 312. Schaper das. 1860 S 179. Ortloff ebenda S 461 ff. 591 ff. Im Motivenvortrag zur österreichischen StPO von 1850 heisst es: „Die Erfahrung hat die Unzulänglichkeit der positiven Beweisregeln dargethan . . . . Dies führte zur Institution des Geschwornengerichtes, das zwar ohne positive Beweisregeln, allein unter Beobachtung der natürlichen Grundsätze über die Gewissheit von Thatsachen nach dem Gesammteindrucke aller für und wider den Angeklagten vorgebrachten Beweismittel über dessen Schuld oder Nichtschuld entscheidet, und bei welchem die Ueberzeugung einer gewissen Anzahl unabhängiger Männer die Stelle der unsicheren Beweisregeln vertritt. Dieselben Betrachtungen mussten dahin führen, auch den Richtercollegien, welchen die Aburtheilung geringerer Gesetzes-Uebertretungen überlassen bleiben muss, keine positiven Beweisregeln zu ertheilen, sondern auch sie nach dem Totaleindrucke der vor ihnen gepflogenen Verhandlung und der dabei vorgeführten Beweise, somit als Geschworne, erkennen zu lassen. Die neue StPO sucht eine Gewähr für die Richtigkeit des Urtheiles der rechtsgelehrten Richter theils in der Verpflichtung der Richter zur Angabe der Entscheidungsgründe auch hinsichtlich der Thatfrage, theils in der Zulassung der Berufung".



Durchführung desselben. Besonders in Preussen bot sich dazu Anlass, da hier das Verhältniss zur bisherigen Gesetzgebung durch folgende aus § 19 der V v. 17. Juli 1846 in den § 22 der V v. 3. Januar 1849 übergegangene Bestimmung geregelt wurde: „Die bestehenden gesetzlichen Vorschriften über das Verfahren bei Aufnahme der Beweise, insbesondere auch darüber, welche Personen als Zeugen vernommen und vereidet werden dürfen, bleiben ferner maassgebend. Dagegen treten die bisherigen positiven Regeln über die Wirkungen der Beweise ausser Anwendung. Der erkennende Richter hat fortan unter genauer Prüfung aller Beweise für die Anklage und Vertheidigung nach seiner freien, aus dem Inbegriffe der vor ihm erfolgten Verhandlungen geschöpften Ueberzeugung zu entscheiden, ob der Angeklagte schuldig oder nicht schuldig sei. Er ist aber verpflichtet, die Gründe, welche ihn dabei geleitet haben, in dem Urtheile anzugeben".

In der auf Grund dieser Bestimmung angewachsenen Literatur[31] tritt der Gegensatz der Bestrebungen jener, welche von dem alten Beweisrecht möglichst viel erhalten wollten, und derjenigen, welche aus dem Princip der freien Beweiswürdigung die äussersten Consequenzen zu ziehen suchten (in ersterer Hinsicht sind besonders Tippelskirch und Schaper, in letzterer v. Stemann zu nennen), deutlich hervor und führt zuerst zur Formulirung concreter Einzelfragen[32], insbesondere ob im neuen Verfahren nur Beweismittel von der Art, wie sie die Criminalgerichtsordnung kannte, zulässig seien, ob in letzterer geradezu ausgeschlossene Beweise (besonders Zeugen) zugelassen werden können, ob eine Verurtheilung ohne Erhebung des

[31] Vgl. die anonyme Denkschrift: „Welche Stellung hat nach dem Criminalprozessgesetze v. 17. Juli c. (1846) der Richter zu der Beweisfrage? Nach welchen Regeln soll die Findung des Urtheils und seiner Gründe erfolgen"? — S. ferner GA 1855 S 340 (Stemann), das. S 740 ff. (Ueber das Verhältniss der commissarischen Beweisaufnahme zur Hauptverhandlung); 1857 S 303 ff. (Tippelskirch, Von der Beweistheorie, besond. S 312—314), S 507 ff. (Ueber die Stellung des erkennenden Richters zu den Vorschriften der CGO über die Führung der Untersuchung); 1860 S 175 ff. (Schaper, Beweis und freie Ueberzeugung). — Stemann, Darstellung des preussischen Strafverfahrens (1858) S 134 ff.; Löwe, Der preussische Strafprozess (1861) S 116 ff. 324 ff.; Oppenhoff S 129 ff.; Liman, Der preussische Strafprozess (2. Aufl. v. Schwarck 1862) S 68 ff. Von besonderem Interesse für die Klärung des Verhältnisses zwischen neuem und altem Beweisrecht in Preussen ist die Controverse zwischen John (Kritiken strafrechtlicher Entscheidungen S 166 bis 202) und Goltdammer (in dessen A 1864 S 474 ff.). S. auch „Das Princip der freien Beweiswürdigung", GA 1875 S 177 ff.

[32] Vortreffliche Zusammenstellung bei Löwe, Preuss. StP S 328—333.

objectiven Thatbestandes, ob eine solche auf Grund des Geständnisses allein — ob überhaupt ohne zu Grunde liegenden Beweis[33] eine Verurtheilung erfolgen könne? Man konnte dabei nicht umhin, auch schon aufzuklären, wie das Princip der freien Beweiswürdigung, zur Alleinherrschaft gelangt, alle Formvorschriften, auch die für das neue Verfahren eigens erlassenen, und ganz besonders den Grundsatz der Mündlichkeit und des contradictorischen Verfahrens, in Frage stellen müsse.

Untersuchungen dieser Art mussten die von vornherein unternommenen Bestrebungen unterstützen, ein neues Beweisrecht im Einklang mit den Grundlagen des neuen Verfahrens theils durch Entwickelung des schon anerkannten Inhaltes desselben, theils durch positive, meist auf das englische Vorbild hinweisende Reformvorschläge zu schaffen[34]. Feste und allgemein anerkannte Resultate

---

[33] Löwe, Preuss. StP S 327: „Denke man sich z. B. den (freilich wohl nicht vorkommenden) Fall, dass alle in der Verhandlung erhobenen Beweismittel ohne Resultat geblieben, der Anschuldigungsbeweis also gänzlich misslungen wäre, die Geschwornen aber dennoch das Schuldig sprächen, so wäre das auf diesen Spruch erlassene Urtheil dennoch nicht aus dem Grunde anfechtbar, weil die Geschwornen ihre Ueberzeugung anderswoher als aus der Verhandlung geschöpft haben müssten". Zu vergleichen ist hiemit das Erk. des OTr v. 13. Jul. 1876, GA 1876 S 653, wo es heisst: „Wenngleich der § 43 der V v. 3. Januar 1849 den Untersuchungsrichter bei der Voruntersuchung verpflichtet, alle in der Criminalordnung für den Inquirenten gegebenen Vorschriften zu beachten, und zu diesen auch die.. Paragraphen gehören, welche im Falle einer Tödtung die Obduction und Section einer Leiche.. gebieten, so kann doch die nicht erfolgte Beachtung dieser Bestimmungen den erkennenden Richter nicht hindern, ein definitives Urtheil auszusprechen und folglich auch, wenn er sich, nach genauer Prüfung aller ihm vorgeführten Beweise, von der Schuld des Angeklagten überzeugt hält, nach Vorschrift des § 22 der V v. 3. Januar 1849 das »Schuldig« über denselben auszusprechen. Zu diesen Beweisen kann aber auch das Geständniss des Angeklagten gezählt werden, und selbst die vom Richter angenommene Notorietät ist davon nicht ausgeschlossen". S. dagegen das Erk. des OTr v. 26. Februar 1879, GA 1879 S 240, welches Vernichtung aussprach, weil die Verurtheilung lediglich auf die Angaben des Privatklägers gestützt wurde. Trotz der Freiheit der Beweiswürdigung könne die „für die Beweiswürdigung nothwendige Unterlage in der Auslassung des Anklägers niemals gefunden werden. Der Grundsatz, dass . . . die Anklage durch die Erklärungen des Staatsanwalts nicht bewiesen wird, beherrscht das ganze Strafverfahren in dem Maasse, dass eine ausdrückliche Sanctionirung . . . nicht erforderlich erschienen ist".

[34] Versuche, den Inhalt des neuen Beweisrechtes festzustellen, haben namentlich gemacht Tippelskirch in GA 1857 S 314 ff.; Dollmann a. a. O. S 89 ff.; Zachariä, Handbuch II 410 ff.; ganz besonders aber Schaper in GA 1866 S 180 ff. 245 ff. — Unter den Stimmen, welche sich für die Nothwendigkeit der Reform des Beweisrechtes aussprachen, sind zunächst jene zu berücksichtigen, welche schon vor Einführung der Geschwornengerichte, oder bald nach derselben, die



wurden bisher auf diesem Wege nicht erzielt, und die neueste deutsche Gesetzgebung fand die Theorie des Beweisrechtes im wesentlichen in der Gestalt, welche sie bald nach dem Jahre 1848 angenommen hatte; als neue Elemente kamen nur hinzu die Ausdehnung des Princips der freien Beweiswürdigung auf das Gebiet des Civil-

---

Vereinbarkeit der Institution mit einem festen Beweisrecht betonten. Unter den älteren Gegnern der Einführung der Jury sind hier namentlich Feuerbach (s. besonders GV Frankreichs S 458) und Henke (Handbuch IV 416) zu nennen. In gleichem Sinne spricht sich Abegg (Beiträge S 145. 159 Anm 203) und Dernburg a. a. O. S 67 ff. aus. Sehr nachdrücklich bekämpft Geib (Die Reform des deutschen Rechtslebens S 135 ff.) „das Vorurtheil", als ob in Ansehung des Beweises „die Aufstellung aller und jeder Grundsätze mit der Natur des Schwurgerichtes im Widerspruche stehe, und als ob vielmehr das gesammte Beweissystem hier auf ein blos dunkles Fühlen und Meinen, auf ein ungewisses Ahnen und Errathen oder, wie das französische Recht sich ausdrückt, auf eine sog. conviction intime zurückzuführen sei". Diese Redewendung habe in Deutschland nur vermöge der Rückwirkung der Fehlerhaftigkeit unserer eigenen Beweistheorie, die viele in das entgegengesetzte Extrem trieb, Eingang gefunden. Dem stellt Geib neben einer Hinweisung auf die römischen quaestiones perpetuae das englisch-amerikanische Beweisrecht (nicht ohne Vorbehalt) gegenüber. Ganz in gleichem Sinne spricht sich Temme (Grundzüge eines deutschen Strafverfahrens S 74. 75) über die Bedeutung des eingetretenen Umschwunges und den einzuschlagenden neuen Weg aus, indem er dabei einen der Grundzüge des (älteren) englischen Beweisrechtes auf sich einwirken lässt: „Eine geordnete Gesetzgebung muss daher nothwendig strenge Vorschriften, namentlich über die Zulässigkeit der Beweise, aufstellen". Auch sonst steht das englische Beweisrecht meist im Vordergrunde der Erörterungen über die Reform des unseren, so namentlich bei Rüttimann, Züricherische Ges S 258 ff.; Tippelskirch in GA 1857 S 304 ff.; Ortloff das. 1860 S 461 ff. 591 ff. Geradezu ablehnend gegen die Benutzung des englischen Rechtes verhält sich, ohne zu unterlassen, einerseits gegen die „Verflachung unseres Beweissystems", andererseits gegen die negative Beweistheorie Stellung zu nehmen, Schwarze in GA 1858 S 721 ff. (dagegen Ortloff a. a. O. S 595), in Schletters J IV 39 ff., ferner im GS 1858 S 81 ff. (besonders gegen Wicks unklaren Versuch — ANF 1857 S 42 ff. —, den Weg der letzten Vertheidiger der gesetzlichen Beweistheorie, die diese nur durch Preisgeben des Hauptinhaltes vertheidigen konnten, weiter zu wandeln). Mit dem englischen Beweisrecht beschäftigen sich namentlich auch Mittermaier in der Vorrede zu Marquardsens Uebersetzung von Best, in „Gesetzgebung und Rechtsübung im Strafverfahren" S 493 ff. und im ANF 1854 S 233; Marquardsen, Die Evidenz nach englischem Recht. GS 1849 II 116 ff. 191 ff.; Walther, Die Rechtsmittel im Strafverfahren (1853) S 88 ff.; Biener, Das englische Geschwornengericht § 54, II 147 ff.; Heinze, Zur Physiologie des englischen Beweisrechts. GS 1863 S 466 ff.; v. Bar, Recht und Beweis im Geschwornengericht (1865) S 311 ff.; s. auch Zachariä, Handbuch II 439 und die Literaturnachweisungen das. S 400 Anm 9 und bei Dollmann a. a. O. S 92 Anm 6; ferner Arnold, GS 1858 S 40 ff. (theilweiser Rückfall in die Empfehlung einer negativen Beweistheorie).

prozesses, welche nicht ohne Rückwirkung auf die Behandlung des Beweisrechtes im Strafprozess wird bleiben können, und die Stellung, welche die deutsche Reichsstrafprozessordnung gegenüber der Frage der Begründung des Ausspruches über die Thatfrage und des Résumé des Vorsitzenden im Schwurgericht einnahm.

Auf beides war auch in der Literatur des reformirten Strafprozesses gerade von den Befürwortern der Gestaltung eines festen Beweisrechtes fast ausnahmlos grosser Werth gelegt worden, wenngleich nicht in beiden Richtungen mit gleicher Einstimmigkeit. Was nun den Schlussvortrag des Schwurgerichtsvorsitzenden betrifft, so kann hier nur vorübergehend erwähnt werden, dass er die Gelegenheit bieten würde, den Geschworenen die aus Logik und Erfahrung geschöpften Grundsätze, nach welchen bei der Würdigung der vorgeführten Beweise vorzugehen ist, darzulegen. Es ist bekannt, dass gerade dieser Theil der Schlussvorträge der englischen Vorsitzenden die Hauptquelle für die Erkenntniss und Fortentwickelung des englischen Beweisrechtes, das Surrogat für die im Schwurgericht fehlenden Entscheidungsgründe bildet. Es soll nicht verkannt werden, dass es wenn auch nicht unmöglich, so doch nicht leicht ist, bei solcher Darlegung die subjective Meinung des Vorsitzenden über die Anwendung der Grundsätze auf den gegebenen Fall nicht errathen zu lassen, und dass man gegen diese Möglichkeit nur dann so gleichgiltig sein kann, wie man es in England thatsächlich ist, wenn die sonstige Stellung des Vorsitzenden Gewähr dafür bietet, dass er seine Unbefangenheit sich wahre. Immerhin aber ist mit der gänzlichen Beseitigung des Résumé, als des das thatsächliche betreffenden Theiles des Schlussvortrages, wie sie in der deutschen Reichsstrafprozessordnung (§ 300) beabsichtigt scheint, die Verwerthung desselben für die Ausbildung des Beweisrechtes abgeschnitten.

Folgte in dieser Hinsicht die Reichsstrafprozessordnung nur der Richtung, welche schon seit einer Reihe von Jahren die deutsche Strafprozessgesetzgebung eingeschlagen hatte, so kann man das gleiche nicht von der Beseitigung der Begründung des Ausspruches über die Thatfrage, und am wenigsten von der Art der Durchführung derselben sagen, wie sie in § 266 der StPO sich zeigt.

Es ist wiederholt erwähnt worden, welcher Werth gerade bei Abschaffung der gesetzlichen Beweistheorie auf die Verpflichtung der ständigen Richter, ihren Ausspruch über die Thatfrage zu begründen, gelegt wurde. Unzähligemal ist der Ausspruch von Gans angeführt worden, der ein Strafurtheil ohne Entscheidungsgründe eine Monstrosität nannte. Man braucht kaum von Köstlin und seiner ganz

eigenthümlichen Stellung[35] abzusehen, um sagen zu können, dass den Stimmen, welche nachdrücklich die Beibehaltung der Entscheidungsgründe fordern[36], nur solche gegenüberstehen, welche die Schwierigkeit der Erfüllung dieser Forderung betonen, den Werth der darin erblickten Garantie minder hoch anschlagen, sie blos nützlich, nicht nothwendig finden[37]. In den ersten Zeiten des reformirten deutschen

---

[35] Wendepunkt S 114. Köstlin hat „die Hauptsache, die Seele der Handlung, die Schuld" im Sinne. „Auf die Anwendung jener objectiven Kriterien musste noch eine ganz andere Geistesthätigkeit folgen, um ein Gesammtbild vor die Seele des Richters hinzustellen, woraus er die subjective Ueberzeugung von der Schuld des Angeklagten schöpfte. Gerade diesen Gesammteindruck aber, welcher das rein concrete ist, müssen die Entscheidungsgründe, als auf das abstracte gebaute Reflexionsgründe, stets schuldig bleiben".

[36] Hier wird von Schriftstellern, welche Entscheidungsgründe fordern, um die Nothwendigkeit gesetzlicher Regelung der Beweiswürdigung darzuthun (wie z. B. Wick, ANF 1857 S 43 ff.), ganz abgesehen. Man sehe aber z. B. Savigny, Die Principienfragen S 65. 66; Mittermaier im ANF 1854 S 141 ff. (besonders die Anführungen S 143 Anm 48); desselben Strafverfahren II 316 Anm 52, wo von dem Vorschlag gesprochen wird, die Richter ohne Entscheidungsgründe, „d. h. als Geschworne" urtheilen zu lassen; Deputationsbericht der ersten sächsischen Kammer zu Art. 12 der StPO von 1855 (abgedruckt bei Schwarze, Commentar I 52. 53); Planck, Systematische Darstellung S 202. 203. Nach diesem bilden die Entscheidungsgründe „keinen nothwendigen, doch (einen) nützlichen Theil des Urtheils, des Urtheilsspruches". Er bezeichnet (S 469. 470) als deren Zweck, „sowohl den Parteien als jedem Dritten . . . die Ueberzeugung von der Gerechtigkeit des Urtheils zu verschaffen, . . . Rechenschaft zu geben von dem Gedankengang, der der Urtheilsfällung vorausging". Vgl. Zachariä, Handbuch II 563. 564 und die das. Anm 9 u. 10 angeführte Literatur. In Preussen war schon mit JMR v. 10. Nov. 1849 auf sorgfältige Fassung der Entscheidungsgründe Nachdruck gelegt worden; und von diesem giebt auch noch § 353 der preussischen StPO v. 25. Juni 1867 Zeugniss (s. auch Ebmeier zum angeführten Paragraphen). Die Mot zum Entw der grossherzoglich hessischen StPO (S 37. 38) bezeichneten angesichts der freien Beweiswürdigung die Forderung von Entscheidungsgründen als eine von der Gesetzgebung gebotene „wesentliche Garantie" u. s. w. Vgl. auch Vortrag zur österreichischen StPO von 1850. (Es fehlt selbst nicht an Versuchen, von den Geschworenen die Begründung ihrer Wahrsprüche zu fordern: s. z. B. Dernburg S 110; Biener, Abhandlungen II 113. 114 und Englisches Geschwornengericht II 189; dag. Mittermaier a. a. O. S 134 und in der Z f. hannoverisches Recht I 90.)

[37] Es ist hier namentlich Walther zu nennen, der in seinem Buche: „Die Rechtsmittel im Strafverfahren" den Werth der Entscheidungsgründe als geeigneter Grundlage der Berufung gegen den Ausspruch über die Thatfrage und dabei insbesondere auch die Auffassung der Entscheidungsgründe als eines Surrogates der Oeffentlichkeit bestritten hatte (S 131 ff.). Gegen das Missverständniss, dabei die Entscheidungsgründe an sich bekämpft zu haben, verwahrte sich Walther aber im ANF 1857 S 239 ff.: „Sie haben ungeachtet ihrer in der Sache liegenden Un-

Strafprozesses nahm die braunschweigische StPO, welche die völlige Gleichstellung zwischen den Wahrsprüchen der ständigen Richter und der Geschworenen anstrebte, daher auch für beide das Erforderniss der Einstimmigkeit aufstellte und bei beiden die Entscheidungsgründe beseitigte, eine ganz isolirte Stellung ein. In den wesentlich aus dem preuss. StPOEntw von 1851 hervorgegangenen Strafprozessordnungen und Entwürfen überwiegt die Forderung, dass die Entscheidung über die Thatfrage begründet werde, selbst in solchen, welche, wie die badische StPO von 1864, die Berufung gegen die Urtheile der Gerichte mittlerer Ordnung ausschlossen (s. das. § 300). Auch der bayerische Entw von 1870 steht noch auf diesem Standpunkt. Der Wegfall der Begründung findet sich nur in den StPO für Lübeck § 210, Bremen § 443 Z. 7, Hamburg § 184, Württemberg (1868) Art. 332.

Wenn nun die Entwürfe, aus denen schliesslich die deutsche StPO hervorgegangen ist, die Entscheidungsgründe aus dem Zusammenhange lösten, in welchen sie die preussischen V von 1846 und 1849 mit der Frage der freien Beweiswürdigung gebracht hatten, so konnte allerdings besorgt werden, dass damit das Fortwuchern der Auffassung, dass die Lösung der Thatfrage von einem dunklen, unaussprechlichen Wahrheitsgefühl, nicht von einer Verstandesoperation, die sich nach allgemein fasslichen Grundsätzen richtet, zu erwarten sei, begünstigt werden würde. Allein es lässt sich mit Zuversicht behaupten, dass an der getroffenen Entscheidung das Vorhaben des ersten Entwurfes, in allen Abstufungen der Gerichtsbarkeit gleichmässig das Laienelement in

---

vollständigkeit wirklich grossen Werth"... „In Summa: Das Institut der Entscheidungsgründe ist zu conserviren". — Noch nachdrücklicher spricht er sich in diesem Sinne aus in seinem Lehrbuch des bayerischen Strafprozessrechtes S 329 ff. — Auch ein anderer eifriger Bekämpfer der Berufung gegen den Ausspruch über die Thatfrage (Schwarze) steht auf ähnlichem Standpunkte, jedoch etwas mehr der Negation zuneigend: „Wir unterschätzen nicht den Werth der Entscheidungsgründe, aber er wird auch oft überschätzt". GS 1858 S 85. (S. auch dessen Bemerkungen in Schletters J IV 65.) Eine Hinweisung auf die Unvollkommenheit der schriftlichen Erkenntnissgründe bei Löwe, Preussischer Strafprozess S 329. Auch v. Bar, dessen Ausführung (Recht u. Beweis im Geschwornengericht S 313 ff.) den für die Abschaffung der Entscheidungsgründe im Entw der deutschen StPO vorgebrachten Motiven am nächsten steht, betont zwar die Schwierigkeiten, die zumal das collegiale Verhältniss der Abfassung der Entscheidungsgründe über die Lösung der Thatfrage entgegenstellt, unterlässt aber nicht, ihren Werth für „die Befriedigung des allgemeinen Rechtsbewusstseins, eine von Juristen und Gesetzgebern oft nicht genug gewürdigte Seite der Rechtspflege", zu betonen, und sucht nach der Möglichkeit eines Ersatzes für dieselben selbst im Schwurgerichtsverfahren.

der Form des Schöffengerichts[38] mitwirken zu lassen, mehr Antheil gehabt habe, als die nicht wegzuleugnenden, aber doch nur verhältnissmässig selten eintretenden Schwierigkeiten der Motivirung der Aussprüche über die Thatfrage, von welchen die Mot beider Entwürfe mit denselben Worten sprechen (Mot zum Entw von 1874 S 157 ff.). Es wird nämlich nicht die Behauptung aufgestellt, dass es dem einzelnen Richter nicht möglich sei, seine Ueberzeugung zu begründen[39], sondern nur dass Uebereinstimmung mehrerer hinsichtlich der Beweisgründe nicht mehr nothwendig sei, seitdem die Frage, was bewiesen sei, nicht mehr eine Rechtsfrage ist und darum die Beweisgründe nicht mehr zu den objectiven Entscheidungsgründen zählen, über welche allerdings die Mehrheit des Collegiums einig sein muss, und dass darum das Gesetz „auf die Forderung verzichten muss, dass die verschiedenen Richter in den Gründen ihrer Ueberzeugung übereinstimmen", und es „häufig unmöglich ist, durch eine schriftliche Darstellung es zu veranschaulichen, wie diejenige Geistesoperation sich vollzogen hat, aus welcher schliesslich die Ueberzeugung hervorging". Darauf, dass die aus dem Collegialverhältniss erwachsenden Schwierigkeiten maassgebend waren, die freilich gerade in dem Fall des indirecten Beweises[40]

[38] Die Schwierigkeiten, welche in dieser Hinsicht das Schöffengericht bereitet, waren im § 30 des sächsischen Ges v. 1. Oct. 1868 (vgl. dazu die Bemerkungen Schwarzes in dessen Werk: „Die Strafprozessgesetze für das Königr. Sachsen". 1869. B II Heft 3 S 35) berücksichtigt, und zwar dadurch, dass die Abfassung der Entscheidungsgründe „lediglich durch das Gericht" erfolgen sollte.

[39] Geyer, Lehrbuch § 215 erklärt allerdings: „Mit der freien Beweiswürdigung ist eine Angabe der Gründe für die Annahme der Wahrheit einer Thatsache ... nicht vereinbar"; allein auch er schiebt ein: „welche für jeden Richter andere sein können". Wenn er weiter allerdings auch „eine Verletzung der Unmittelbarkeit" von der Niederschreibung der Gründe besorgt, so kann damit wohl nur gemeint sein, dass die mündlich verkündeten und die schriftlich ausgefertigten Gründe von einander abweichen können. Das Wesen der Unmittelbarkeit liegt darin, dass der Richter auf Grund des unmittelbar wahrgenommenen entscheide, nicht aber darin, dass nur der bei der Verhandlung anwesende die Beweisergebnisse erfahre.

[40] Der Satz im § 266: „Insoweit der Beweis aus anderen Thatsachen gefolgert wird, sollen auch diese Thatsachen angegeben werden", ist aus zwei Berathungen der Reichstagscommission hervorgegangen, welche jedesmal noch zugleich eine ganz andere Frage umfassten (Prot S 406. 407. 974. 975). Es kann aus den angeführten Gründen und Gegengründen wohl entnommen werden, dass man beim indirecten Beweis die Angabe der für erwiesen angenommenen Indicien forderte, und es ist zu vermuthen, dass auch hier die Absicht zu Grunde lag, „das unbeschränkte richterliche Ermessen einer Art von Selbstcontrole zu unterwerfen" (wie Löwe und Keller annehmen); nach dem Zusammenhange, in dem die Worte in der Commission gesprochen wurden, scheinen sie sich aber auf die Frage der Strafzumessung zu beziehen; übrigens heisst es dort auch, es solle gezeigt werden, „dass das Urtheil

am ehesten eintreten können, für den das Gesetz im Gegensatz zum Entwurf die Forderung der Begründung aufrecht erhält, ist denn auch das Hauptgewicht zu legen; man darf also bei Prüfung der übrigen Bestimmungen der Reichsstrafprozessordnung, welche deren Stellung zum Beweisrecht illustriren, von § 266 absehen und braucht sich dadurch in der aus denselben zu ziehenden Folgerung, dass auch sie nur auf Regelung der Beweiswürdigung, nicht auf das Beweisrecht überhaupt verzichtete, nicht beirren zu lassen. (Vgl. Glaser, Handbuch §·35.)

---

auf sorgfältiger Prüfung beruhe und die Richter nicht blos nach dem Gefühl urtheilen". Die Willkürlichkeit der Unterscheidung springt in die Augen und es ist daher nicht zu verwundern, dass die Praxis durch Hinweisung auf das den Revisionsgrund ausschliessende „sollen" und auf das Nichtübereinstimmen der die Ausnahme verfügenden Anordnung mit dem Motiv der gesetzlichen Regel zur Nichtbefolgung der Vorschrift ermuntert wird (Löwe Bem 5 zu § 266; Geyer § 215 II). Dass nach Beseitigung der Begründung der Entscheidung der Thatfrage noch Fälle genug übrig bleiben, wo die Richter zwar „im Resultat, aber nicht in dem Grunde übereinstimmen", darüber s. Mot S 159; Becker in den Prot der RtC S 407; Schwarze Bem 15 bei § 266.

B.

Beweisgegenstand und Beweislast.

§ 1. Gegenstände, welche nicht bewiesen werden können.

I. Ist alles menschliche Wissen nur Stückwerk dem Universum gegenüber, so muss sich umgekehrt alles, was an Wissen neu hinzukommen soll, in den schon vorhandenen Wissenskreis einfügen[1]. Da

---

[1] Sehr schön sagt Greenleaf, Law of evidence. 12. ed. Boston 1866. I §§ 7. 8. 12: „No inquiry is here proposed into the origin of human knowledge: it being assumed, on the authority of approved writers, that all that men know is referable, in a philosophical view, to perception and reflection. But in fact, the knowledge acquired by an individual, through his own perception and reflection, is but a small part of what he possesses; much of what we are content to regard and act upon as knowledge having been acquired through the perception of others . . . . . . It is true, that in receiving the knowledge of facts from the testimony of others, we are much influenced by their accordance with facts previously known or believed; and this constitutes what is termed their probability. Statements, thus probable, are received upon evidence much less cogent than we require for the belief of those which do not accord with our previous knowledge. But while these statements are more readily received, and justly relied upon, we should beware of unduly distrusting all others. While unbounded credulity is the attribute of weak minds, which seldom think or reason at all — quo magis nesciunt eo magis admirantur, — unlimited scepticism belongs only to those, who make their own knowledge and observation the exclusive standard of probability. Thus the king of Siam rejected the testimony of the Dutch ambassador, that in his country water was sometimes congealed into a solid mass; for it was utterly contrary to his own experience . . . . . . Every event which actually transpires has its appropriate relation and place in the vast complication of circumstances, of which the affairs of men consist; it owes its origin to those which have preceded it; it is intimately connected with all others, which occur at the same time and place, and often with those of remote regions; and, in its turn, it gives birth to a thousand others which succeed. In all this, there is perfect harmony; so that it is hardly possible to invent a story which, if closely

nun die Beweisführung nur bezwecken kann, dem Urtheiler neues Wissen zuzuführen, so folgt hieraus: dass sie ganz zwecklos ist, wenn sie auf etwas abzielt, dessen Gegentheil im bisherigen Wissenskreise bereits feststeht, was sich also in diesen nicht einfügen lässt. Was mit den allgemein anerkannten Gesetzen der Natur, mit den Gesetzen, die das Denken und Handeln der Menschen bestimmen, in offenem Widerspruch steht, was wir in Folge dessen von Anfang an als undenkbar, als unmöglich erkennen, das kann nicht Gegenstand des Beweises werden. Selbst der scheinbar gelingende Versuch einer Beweisführung würde dem ruhig urtheilenden nicht das beweisen, was durch ihn bewiesen werden soll, sondern nur die Trüglichkeit aller Beweisführungen, die Gefahr der Täuschung, die jede mit sich bringt[2].

---

compared with all the actual contemporaneous occurences, may not be shown to be false" . . . . . .

[2] Vgl. Bentham, Theorie des Beweises Buch I Kap. 18 Nr 4: „Z. B. man bezeugt, dass ein Mensch in ein ganz verschlossenes Zimmer getreten und dass er durchs Schlüsselloch hineingekommen sei . . . Kann der Richter . . . das Zeugniss verwerfen? Ja, ohne Zweifel . . . Ich verwerfe euch, sagt der Richter, weil ihr eine Thatsache verbürgt, die mit unzweifelhaften Thatsachen im Widerspruch steht; ich spreche nur das öffentliche Urtheil aus, das euch des Betrugs oder Schwachsinns anklagt". Vgl. übrigens das achte Buch dieses seines Werkes: „Von dem unwahrscheinlichen und dem unmöglichen". Auch Bonnier, Traité . . des preuves . . 3. éd. Paris 1862. §§ 62. 63, schliesst, vom Beweise aus, was mathematisch oder physisch unmöglich ist, da niemand ernsthaft behaupten könne, dass zu seinen Gunsten ein Wunder geschehen sei. An einer anderen Stelle (§ 25) sagt er: „Man würde z. B. niemand zum Beweise der Thatsache zulassen, dass er auf dem Wasser gegangen, oder, wie ein schottisches Gericht im Jahre 1754 gethan, die eidliche Bestätigung zweier Zeugen darüber entgegennehmen, dass ihnen durch eine himmlische Erscheinung der Urheber eines Mordes offenbart worden sei. Ce n'est pas qu'un juge éclairé doive nier la possibilité physique d'un miracle: seulement les faits miraculeux qui peuvent mériter quelque foi historique sont en si petit nombre . . . qu'il y a une extrême probabilité de mensonge ou d'erreur de la part de celui qui met en avant une pareille prétention. Or pour qu'un juge ordonne la preuve d'un fait, il ne suffit pas que ce fait soit rigoureusement possible, il faut qu'il soit vraisemblable". (?) Mit grösserer Richtigkeit unterscheidet er an anderer Stelle (l. c. § 63) zwischen physisch-unmöglichen Thatsachen und solchen, die nur eine Abweichung vom gewöhnlichen Gang der Dinge darstellen. „La prolongation de l'existence pendant un temps assez long, dans l'abstinence de tout aliment, la conception de femmes d'un âge avancé etc. sont des événements, qui paraissent miraculeux, mais qui ne sont que déviatifs. On devra être très circonspect, quand il s'agira d'admettre la preuve de pareils faits; mais il n'est pas permis de les rejeter sans examen". Vgl. übrigens Bonnier § 808. Best, Principles of the law of evidence. 6. ed. by Russel. London 1875. §§ 332. 471 spricht nur von a rule derived from the constancy and uniformity

II. Aus dem gleichen Grunde bedarf es des Beweises nicht bezüglich solcher Thatsachen, welche in den Kreis des aller Welt bekannten fallen, und von denen daher nicht etwa blos bei diesem bestimmten Urtheiler, sondern bei jedem vorausgesetzt werden kann, dass er sie entweder wisse oder sich, in voller Unabhängigkeit von eigennützigen und parteiischen Einwirkungen, auf jedermann zugänglichem Wege Kenntniss von denselben verschaffen könne. Eine solche ist keines Beweises bedürftig. Ueberdies ist sie fast immer auch eines Beweises in dem Sinne, in welchem hier davon gesprochen wird, eines juristischen Beweises, gar nicht fähig. Sie bedarf keines Beweises, weil hier unsere Ueberzeugung von ihrer Wahrheit einer Rechtfertigung vor anderen nicht bedarf, vielmehr dieselbe gerade in ihrer Uebereinstimmung mit der aller anderen, oder doch mindestens eines ausserordentlich weiten Kreises von in gleicher Lebenslage befindlichen findet; die Forderung der Anführung bestimmter Thatsachen, aus welchen wir unsere Ueberzeugung von jener ableiten, würden wir als eine ernstgemeinte gar nicht anerkennen und sicher sein, dabei die Zustimmung jedes Unbefangenen zu finden. Wir würden aber andererseits gar nicht im Stande sein, die Quelle unseres Wissens anzugeben und darzuthun, weil es sich dabei um die Wechselwirkung unseres individuellen und des allgemeinen Wissens, um einen Theil des Ergebnisses unseres Bildungs- und Lebensganges handelt, der zurückbleibt, ohne dass wir die einzelnen Entstehungsgründe desselben, soweit sie uns persönlich betreffen, deutlich in der Erinnerung hätten.

Thatsachen dieser Art sind es, von denen, weil sie für aller Welt bekannt (notorisch) gelten, sonst wohl gesagt wurde, dass sie durch Notorietät bewiesen seien, während sie, wie gezeigt, nur eines Beweises für die Zwecke des praktischen Lebens nicht bedürfen. Es ist dies viel wichtiger und einflussreicher, wenn Thatsachen dieser Art nicht unmittelbar den Beweisgegenstand bilden, sondern bei der Beurtheilung des Zusammenhanges zwischen Beweisgrund und Beweisthema mit berücksichtigt werden müssen. Solche Thatsachen sind die Elementarbegriffe der meisten Wissenschaften, vielleicht am meisten die des Rechnens, klimatische Verhältnisse, der

observable in the works of nature, which render it probable, that human testimonies or particular circonstances which point to a conclusion at variance with her laws are in the particular instance fallacious. (Z. B. Stehlen eines schweren Balkens, Beraubung eines starken Mannes durch ein Kind.) Merkwürdige Beispiele scheinbar erwiesener ganz unmöglicher Dinge aus der indischen Praxis englischer Behörden bei Best § 572. Vgl. auch J. F. Stephen, General view of the cr. law (1863) ch. VII p 253 sq.

Wechsel von Tag und Nacht und der Jahreszeiten und der Einfluss, den dieselben auf Naturerscheinungen und Lebensgewohnheiten üben, die hervorragendsten geschichtlichen und selbst zeitgeschichtlichen Ereignisse.

So sehr es nun als Verletzung des gesunden Menschenverstandes, der Ehrlichkeit und des Anstandes erscheinen würde, in solchen Fällen einen Beweis für nöthig zu erklären (es sind, wie Unger sagt, „unbestreitbare“ Thatsachen), so lässt sich andererseits allerdings nicht übersehen, dass die allgemeine Verbreitung der Annahme einer Thatsache keineswegs eine unbedingte Gewähr für ihre Wahrheit giebt (wie die Hexenprozesse und so viele durch das Fortschreiten der Naturwissenschaften und durch die geschichtliche Kritik beseitigte Irrthümer beweisen), und dass, was in rechtlicher Hinsicht wichtiger ist, die Grenze des allgemeinbekannten und des von niemand ernstlich bezweifelten keine ganz deutliche ist [3], dass auch hier allmähliche Abstufungen stattfinden, insbesondere aber, dass in einem gegebenen Falle eine präcise Feststellung von Einzelheiten nöthig sein kann, über deren Mangel man sich durch den Zusammenhang mit notorischen Thatsachen nicht täuschen lassen darf. Die Voraussetzungen, unter welchen eine Thatsache deshalb keines Beweises bedarf, weil sie aller Welt ohnehin bekannt ist, können daher selbst zweifelhaft werden, und schon darum ist bei der auf contradictorischem Verfahren beruhenden Beweisaufnahme auch die Haltung der Beweisparteien von unverkennbarer Wichtigkeit. Ist die Wahrheit einer weitverbreiteten Annahme unmittelbar bestritten, und tritt ein Bedürfniss ein, an derselben Kritik zu üben, ihre Berechtigung darzuthun oder sie zu widerlegen,

---

[3] Diese Erwägung mag Wach dazu gebracht haben, das Merkmal des „offenkundigen“ nicht in der thatsächlichen Verbreitung der Kenntniss, sondern in der Pflicht, sie sich zu verschaffen oder vielmehr sie zu besitzen, zu suchen. Nach ihm (Vorträge S 156. 157) ist „offenkundig alles, was der Richter kraft seines Amtes, in seiner Eigenschaft als Volksgenosse, als Bürger des Ortes, als Gerichtsperson, als Richter in diesem Prozess wissen soll. Offenkundigkeit (wird) durch die zufällige Unkenntniss des Gerichtes von dem, was es wissen sollte, so wenig ausgeschlossen, wie andererseits durch das zufällige Wissen von Dingen, welche im angegebenen Sinne nicht welt-, volks-, orts- oder gerichtskundig sind, hergestellt“. Auf dem Boden der freien Beweiswürdigung steht aber die Frage praktisch fast immer so: Kann der Richter etwas als wahr annehmen, worüber ihm kein Beweis vorliegt, blos weil er es als offenkundig ansieht? Es würde wenig rathsam sein, sich auf die Pflicht des Richters, eine im Prozess nicht vermittelte Kenntniss zu besitzen, zu verlassen oder dieselbe nachträglich darzuthun, ausser vor einem höheren Richter, der die Macht hat, zur Entscheidung dieses Prozesses selbst das Beweisergebniss mit seinem eigenen Wissenskreis in Einklang zu bringen.

so ist dies, eben wegen der Allgemeinheit der angeregten Frage, nicht mehr eine praktisch-individuelle, sondern eine wissenschaftliche Aufgabe. Stellt sich der Zweifel auch nur deshalb ein, weil nicht sowohl die Wahrheit als die Allgemeingiltigkeit der Thatsache sich ernstlich in Abrede stellen lässt oder weil dieselbe nicht für jedermann, sondern nur für Personen, welche durch eine besondere Ausbildung dafür vorbereitet wurden, zugänglich ist, dann müssen eben auch die Träger dieser Wissenschaft oder Kunstfertigkeit herangezogen werden (Sachverständige, Kunstverständige), welche immer die zweifelhaft gewordene Wahrheit eines allgemeinen Satzes beurtheilen und sehr häufig auch bei der Anwendung desselben ihre Hilfe gewähren müssen[4].

---

[4] Heffter § 615: „Der Beweis ist auch in Strafsachen nur über erhebliche ungewisse Thatsachen zu führen, nicht über Dinge, deren Kenntniss für jeden im Staate, wenigstens in gewissen Lebenskreisen, und namentlich für das Gericht unumgänglich und wenigstens durch Selbstthätigkeit sofort zu erlangen ist (das gemeinkundige, ortskundige, gerichtskundige)". Vgl. Gross, Die Beweistheorie des kanonischen Prozesses I 57 ff. 64 ff. Jordan in WRLex II 113. Unger, Oesterreichisches Privatrecht II § 129 Anm 10 und die daselbst angeführte Literatur. Löwe, Preussischer Strafprozess S 120. 121. Bauer, Lehrbuch des Strafprozesses § 105 Anm i, mit der Beschränkung, es könne nothwendig sein, das Dasein der Gewissheit notorischer Thatsachen aktenmässig zu machen. Aehnlich Oppenhoff bei § 22 Nr 4, welcher den Richter die „Thatsache der Notorietät feststellen lässt", und Greenleaf I § 364, der es als controvers erklärt: whether his knowledge of common notoriety is admissible proof of that fact? Die Ausführungen bei Mittermaier, Strafverfahren II 27; Martin §§ 54. 76 Anm 1; Müller § 93; Henke IV § 71 S 454; Kitka, Beweislehre S 29 warnen vor dem Missverständniss, dass ein weitverbreitetes Gerücht der durch die Natur des Gegenstandes bedingten, im Text erwähnten Gemeinkundigkeit gleichkomme (in diesem Sinne sprach das ältere Recht von notoria crimina, s. z. B. Damhouder c. 11; Renazzi III 141), andererseits davor, dass etwa die den Gegenstand der Anklage bildende That in ihrer Totalität auf Grund angeblicher Notorietät für erwiesen erachtet werden könnte. Ein Beispiel dürfte den Gegensatz erläutern. Ein Mann, der ein Attentat auf einen Souverän oder ein Verbrechen, das so allgemeines Aufsehen erregte wie das von Thomas, beging, wird gewiss nicht auf die blosse Notorietät hin verurtheilt werden. Allein wenn es z. B. in einem Pressprozess auf Feststellung des Sinnes einer Anspielung ankommt, wird doch niemand es auffallend finden, wenn der Richter jenes Ereigniss als bekannt annimmt, ohne dass es erwiesen wird. Es muss sich immer um Umstände handeln, welche im Hintergrunde der den Gegenstand des Verfahrens bildenden That stehen, nicht um die That selbst, sondern um in zweiter Linie stehende Elemente der Beweisführung, um Voraussetzungen ihres Verständnisses, z. B. Ortsbestimmungen, Kalender, Sprachgebrauch, psychologische Thatsachen, Erfahrungsregeln aus dem Volksleben; siehe Schaper GA 1866 S 181 ff. Gegen die Benutzung der Notorietät zur Herstellung des objectiven Thatbestandes (speciell mit Beziehung auf die von dem

III. Zu den Gegenständen, welche nicht bewiesen werden können, gehören diejenigen, welche der Gesetzgeber der Beweisführung

---

preussischen Staatsgerichtshof verhandelten Polenprozesse) John in Holtzendorffs StRZ 1865 S 425 ff.; vgl. auch Schaper a. a. O. S 186 Anm 3 und das oben S 27 Anm 33 angeführte OTrE v. J. 1876. — Speciell bezüglich der Verwerthung für den Indicienbeweis s. Wick im ANF 1857 S 82. Bentham, Theorie des gerichtlichen Beweises Buch I Kap. 18 Nr 3 S 58. 59 lässt die Notorietät als Grund des Wegfalles des Beweises gelten, „wo die Thatsachen so weltkundig sind, dass die Gegenpartei es nicht wagen könnte, sie zu leugnen, ohne sich der Beschuldigung des bösen Glaubens auszusetzen; . . . die Scham wird sie verhindern, die Anerkennung zu verweigern; aber in der Regel muss diese gefordert werden". Allerdings warnt er vor Missbrauch; das Wort „notorisch" sei „im Gebiete der Procedur mit Recht verdächtig". Schaper a. a. O. betont, in anderer Wendung, den gleichen Gegensatz, wenn er, vorausschickend, es werde beim Urtheile auf diejenige Bildung gerechnet, „welche bei einer einigermaassen unabhängigen Lebensstellung aus einem steten und täglichen Verkehre unter den verschiedensten Ständen einen reichhaltigen Einblick in fremde Lebensverhältnisse gewährt", den Satz formulirt: „Alles, was dem erkennenden Richter als allgemein bekannt gilt, bedarf keines Beweises; es bedarf aber der Prüfung, ob der Zuverlässigkeit Bedenken entgegenstehen". Es folgt eine sehr beachtenswerthe Darstellung „des allgemein bekannten in Thatsachen und Regeln", die damit schliesst: „Daraus folgt, dass es keine sog. notorischen Thatsachen mehr giebt; sie sind in jenen (den allgemein bekannten) aufgegangen; soweit sie es nicht sein sollten, unterliegen sie der Forderung . . . der Erhebung von Beweis". Greenleaf hat ein eigenes Kapitel (p. I ch. II): Of things judicially taken notice of, without proof. (In § 6 a erwähnt er mancherlei Schwankungen der amerikanischen Gerichte bei Fragen dieser Art.) Best l. c. § 88 warnt zwar nachdrücklich davor, dass der Richter auf Grund blosser Eindrücke oder des aussergerichtlich ihm bekannt gewordenen entscheidet, weil sonst seine Entscheidung auch auf blossem Gerücht beruhen könnte (common rumour or other forms of evidence, the very worst instead of the best). Andererseits führt auch er (§ 253, deutsche Ausg. § 230) eine Reihe von Gegenständen an, von denen regelmässig das Gericht ohne Beweis Kenntniss nimmt, oder dieselbe aus allgemein zugänglichen Quellen, z. B. gedruckten Kalendern, sich verschafft; auch bezeugt er (s. auch Stephen, Digest of the law of evidence, 3. ed. art. 58 sq. p 64 sq.; derselbe, General view ch. VII p 305), dass „matters deemed notorious" nicht bewiesen zu werden brauchen: „Lex non requirit verificare, quod apparet curiae. Quod constat curiae, opere testium non indiget" (§ 252). Immerhin aber sei das englische Recht wenig geneigt, anzuerkennen, dass ein Gegenstand allzu notorisch sei, um beweisbedürftig zu sein, und es sei sehr schwer, eine Regel aufzustellen. Er führt einerseits als Beispiel für eine unzulässige Anerkennung der Notorietät einen Schlussvortrag von Jeffries aus dem Jahre 1685 an, der als „notorisch" hinstellt, dass ein „auf den Untergang des Königs und der Nation berechneter Plan ausgeheckt, das alte Spiel (von 1640) erneuert worden und der Angeklagte (Baxter) dabei der Hauptanstifter sei"; im Gegensatz dazu einen Vortrag von Wilde (1841) bei einer Anklage wegen einer aufrührerischen Rede: „Die Geschworenen sollten das in Erwägung ziehen, was ihnen über den Zustand des Landes zu der Zeit, wo die Rede gehalten wurde,

entrückt hat. Auf dem Gebiete des Civilrechtes hat der Gesetzgeber hiezu häufigen Anlass, und er bedient sich zu diesem Zwecke meistens der Aufstellung einer praesumtio juris et de jure. Die hohe Bedenklichkeit dieses Vorganges auf strafrechtlichem Gebiete ist aber so einleuchtend, dass er dort zu den seltensten Ausnahmen gehört. Immerhin gehört hieher die Bestimmung des § 274 StPO, wonach der die Beobachtung] der für die Hauptverhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten bezeugende Inhalt des Hauptverhandlungsprotokolles jedem Gegenbeweis entrückt ist, welcher sich nicht auf „Nachweis der Fälschung" stützt. — Ein Verbot des Gegenbeweises muss im ersten Satz des § 190 deutsches StGB gesehen werden. Wenn der Beleidigte wegen der ihm vorgeworfenen Handlung rechtskräftig verurtheilt ist, so ist „der Beweis der Wahrheit als erbracht anzusehen"; es darf daher der über die Beleidigung urtheilende Richter einen Gegenbeweis nicht zulassen. Umgekehrt ist der „Beweis der Wahrheit ausgeschlossen, wenn der Beleidigte wegen dieser Handlung vor der Behauptung oder Verbreitung rechtskräftig freigesprochen wurde" — eine Beschränkung, welche als Motiv der Anordnung nicht die Besorgniss vor Erschütterung der Autorität der Strafurtheile, sondern die Rücksicht auf die Verpflichtung, sie zu respectiren, erkennen lässt. — Das österreichische Recht (§ 490 StG) schliesst den Beleidiger vom Beweis der Wahrheit aus, „wenn die Beschuldigung sich auf ehrenrührige Thatsachen des Privat- oder Familienlebens" oder auf „solche Thatsachen bezieht, die nur auf Verlangen eines Dritten strafgerichtlich verfolgt werden können".

Dagegen sind durch § 53 der deutschen und § 151 Z. 2 der österreichischen StPO „Umstände, auf welche sich die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit bezieht", zwar der Beweisführung durch die Aussage der zur Amtsverschwiegenheit verpflichteten, aber auch nur dieser entrückt, wenngleich die ratio legis dazu hätte drängen müssen, weiter zu gehen [5].

---

bekannt sei, da manches, was, zu einer Zeit allgemeiner Zufriedenheit gesprochen, unschädlich wäre, sehr gefährlich werde in einer Zeit, wo die entgegengesetzte Empfindung vorherrsche. Dagegen dürften sie specielle Vorgänge bei der fraglichen Versammlung nur so weit berücksichtigen, als ihnen darüber Beweise vorliegen". Dieser Ausspruch fand später die grundsätzliche Billigung des Appellhofes (§ 254, deutsche Ausg. §§ 226 ff.; vgl. auch Archbold, Pleading and evidence in criminal cases. 15. ed. 1862 p 147, sowie Taylor, Law of evidence. 3. ed. 1858 §§ 4 sq. 517. 544. 545).

[5] In England geht man darin in der That viel weiter. „Staatsgeheimnisse, Gegenstände, deren Enthüllung dem öffentlichen Interesse abträglich wäre", sind von der Beweisführung ausgeschlossen: Taylor §§ 860—862. Diese Ausschliessung

In Frankreich wird amtlichen Aktenstücken, besonders solchen, welche ein sog. Specialdelict constatiren, ein sehr hoher Grad von Beweiskraft beigemessen und der Gegenbeweis an so schwere Bedingungen geknüpft, dass dies der Ausschliessung fast nahe kommt; bei den in der Praxis eine grosse Rolle spielenden Protokollen über geringfügige Gesetzübertretungen gilt insbesondere der Grundsatz, dass sie jusqu'à l'inscription de faux Beweis machen, und aus der Anwendung dieser Regel hat sich eine Jurisprudenz entwickelt, die mit der sonst so schrankenlos freien Beweiswürdigung des französischen Strafprozesses auffallend contrastirt[6].

§ 2. Vermuthungen.

I. Als vorläufig entbehrlich erscheint der Beweis einer Thatsache, welche vermuthet wird[7]. Vermöge des Zusammenhanges

---

umfasst insbesondere die Mittheilungen, welche behufs Enthüllung von Verbrechen der Behörde zukamen, ganz besonders aber die Namen der Urheber solcher Enthüllungen, ja selbst derer, die solche angerathen haben. Als Staatsgeheimnisse werden nun aber auch im allgemeinen die Verhandlungen (transactions) zwischen den Vorstehern der Regierungsdepartements und den ihnen untergeordneten Beamten angesehen: Taylor a. a. O. § 866; allerdings führt dieser, als wäre kein Unterschied dabei, den § 1710 v. 5 des Civil code of New York an, wo nur verboten wird, dass Beamte über ihnen mitgetheilte Gegenstände eines Dienstgeheimnisses (communications made to him in official confidence) vernommen werden, wenn die Enthüllung das öffentliche Interesse gefährden würde. — Ausgeschlossen von der Beweisführung sind ferner die Vorgänge in den Sitzungen der Grand Jury und innerhalb der Mauern des Parlamentsgebäudes, soweit das betreffende Haus nicht die Beweiserhebung gestattet; siehe Taylor §§ 864. 865. — Greenleaf I § 253 und Taylor § 867 suchen auch nachzuweisen, dass aus Gründen öffentlicher Ordnung „Gegenstände, deren Vorbringung unziemlich ist oder die öffentliche Sittlichkeit oder die Gefühle Dritter verletzt", von der Beweisführung ausgeschlossen sind. Allein eigentlich wissen sie nur Civilfälle, wie den einer Wette über das Geschlecht des Chevalier d'Eon anzuführen, und mit Recht bezeichnet J. Fitzjames Stephen, Digest note II zu art. 2, p 143. 144, diese Behauptung als unhaltbar.

[6] Siehe Trébutien, Droit criminel. Paris 1854. vol. II p 179 ss. Bonnier §§ 576—601, II 157 ss. Hélie, Pratique Nr 288—310 p 146 ss. Rolland bei A. 154 §§ 6 u. 7 Nr 299—395. — Ueber die ebenfalls zumeist bei „Specialdelicten" hervortretende Tendenz der Gesetzgebung, „ungenügende Beweisgründe als voll ohne Zulassung des Gegenbeweises" hinzustellen, s. Binding, Normen II 609 u. 619 und die daselbst angeführten Beispiele aus dem Gebiete des deutschen Reichsstrafrechtes. S. auch GA 1875 S 177 ff.

[7] Literatur: Globig, Theorie der Wahrscheinlichkeit II 39 ff. Mittermaier, Handbuch des deutschen Strafverfahrens. 1845. I 629 II 442 ff. Martin, Lehrbuch des Criminalprozesses § 72 Anm 10. Jordan in WRLex II 113, vgl. S 185 das. Unger, Oesterr. Privatrecht II § 130. Jagemann und Brauer's

unserer Kenntnisse und Vorstellungen sind wir stets geneigt, dasjenige als wahr gelten zu lassen, was dem gewöhnlichen Gange der Dinge, dem natürlichen Verlauf derselben entspricht, und ebenso umgekehrt nicht leicht geneigt, demjenigen Glauben zu schenken, wobei dies nicht zutrifft. Auf dieser Uebereinstimmung oder Nichtübereinstimmung mit dem gewöhnlichen Lauf der Dinge beruht die Wahrscheinlichkeit oder Unwahrscheinlichkeit einer Thatsache, und im ersteren Falle wird diese vermuthet. Da nun die strafgerichtlichen Entscheidungen auf Ueberzeugung beruhen müssen und nicht blos auf Wahrscheinlichkeit, so ist es unzulässig, dieselben auf blosse Vermuthungen zu gründen; und in der That ist der Fall nicht denkbar, wo die Verurtheilung lediglich auf eine Vermuthung sich stützt. Wenn aber ein Vorfall gründlich untersucht und zum Gegenstande der Beweisführung gemacht ist, dann mag es allerdings vorkommen, dass für die eine oder die andere damit zusammenhängende Thatsache lediglich eine Vermuthung spricht und dass wir dieselbe dennoch als wahr annehmen. Diese Annahme wird dann aber ihre Rechtfertigung nur darin finden, dass die durch die Verhandlung herbeigeführte Aufklärung des ganzen Vorfalles nichts an den Tag gebracht hat, was einen Zweifel dagegen erregte, dass das nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu vermuthende auch wirklich eingetreten sei. Niemals also für sich allein, sondern immer nur in Verbindung mit dem negativen Ergebniss der gesammten Verhandlung rechtfertigt die Vermuthung die Annahme einer Thatsache, für welche kein Beweis vorgebracht wurde. Die Thatsache wird vorausgesetzt, und wenn nichts vorfällt, was diese Voraussetzung als voreilig oder bedenklich erscheinen lässt, festgehalten. Sie ist, wie Unger eine Classe unechter Vermuthungen definirt, eine Interimswahrheit (nur dass sie im Strafrecht sich als solche nur bis zum Auftauchen eines erheblichen Zweifels, nicht bis zum Beweis des Gegentheils behauptet). Die Berechtigung dieses Vorganges lässt sich nicht bestreiten, ohne dass im einzelnen Falle entweder die widersinnigste Pedanterie dem Gerichte aufgenöthigt oder ihm nachträglich ein unberechtigter Vorwurf der Leichtfertigkeit gemacht wird. Ueberdies würde

Criminallex. unter „Rechtsvermuthung". Bauer, Lehrbuch § 161 Anm b. Müller, Lehrbuch § 126. Stübel, Das Criminalverfahren §§ 952. 953. Küssner in GA 1855 S 32—48; (Goltdammer) das. S 49—57. Osenbrüggen, Abhandlungen aus dem deutschen Strafrecht S 155 ff. Tippelskirch im GS 1875 S 241 ff., in GA 1852 S 315 ff. Binding, Die Normen II 605 ff. Bonnier §§ 29. 30. 676. 677. 807 ss. Best §§ 296 ff. (deutsche Ausgabe §§ 278 ff.). Greenleaf I §§ 14 sq. Taylor §§ 61 sq.

ersteres unter der Herrschaft der freien Beweiswürdigung ein ganz vergebliches Beginnen sein. Man kann sagen, dass die Vermuthung in dem bezeichneten Sinne der grossen Mehrzahl der thatsächlichen Feststellungen zu Grunde liegt, dass sie bei jeder die beträchtlichen Zwischenräume ausfüllt, in welche weder positive Beweise noch Zweifel fallen, und dass, wenn man sie nicht zuliesse, selten eine Beweisführung zu finden wäre, die nicht lückenhaft gefunden würde; denn jede würde dann noch die positive Ausschliessung entlegener, nicht zu vermuthender, aber nicht undenkbarer Möglichkeiten erfordern. Wenn erwiesen ist, dass A dem B Schläge mit einem Stein auf den Kopf versetzt hat und wenn die Sachverständigen Verletzungen finden, welche nur durch Fallen auf einen Stein oder durch Schlagen mit einem solchen zugefügt sein können, so wird der Urtheiler, solange nichts vorliegt, was auf einen Fall hindeutet, sich mit der Vermuthung des Zusammenhanges zwischen Schlag und Verletzung begnügen. Wenn erwiesen ist, dass ein Brief gehörig zur Post gegeben wurde, und nichts vorliegt, was einen Zweifel dagegen anregt, dass der Brief an den Adressaten gelangte, so wird man mit der Vermuthung des letzteren Umstandes sich begnügen [8]. Wenn ein Schuss nach einem bestimmten Menschen und eine Schusswunde des letzteren erwiesen sind, so würde die abstracte Möglichkeit, dass jener Schuss fehlging und ein anderer die Wunde verursachte, die Urtheiler vorläufig nicht aufhalten, obgleich nicht bewiesen ist, dass jene Kugel traf. Was feststeht, genügt, um letzteres, als das dem natürlichen Lauf der Dinge entsprechende, zu vermuthen. — Aber auch die Beweiskraft der gangbarsten Beweismittel hält vor der Kritik nicht Stand, ohne dass die Vermuthung zu Hilfe gerufen wird [9]; die in der Natur der Dinge begründete Vermuthung, dass niemand sich selbst schaden oder unverdienter Schande preisgeben werde, ist die Grundlage der Beweiskraft des Geständnisses, und die Annahme der Regel, dass der Mensch eher geneigt ist, die Wahrheit zu sagen als zu lügen, die der Beweiskraft des Zeugnisses.

Die Anwendungen des Wortes Vermuthung (praesumtio) sind allerdings sehr mannichfaltige; in Russels Ausgabe von Bests englischem Beweisrecht § 300 werden ihrer nicht weniger als 7 als die

---

[8] Vgl. auch Greenleaf I § 40. Ein anderes Beispiel bietet nach englisch-amerikanischem Recht die den Beweis der Veröffentlichung einer Schmähschrift ergänzende, an die Thatsache des Verkaufes eines Exemplars in einem Laden geknüpfte Vermuthung, dass der Eigenthümer des Ladens an der Publication theilnahm; l. c. § 36.

[9] Küssner GA 1855 S 46. Mittermaier, Beweis S 187.

verbreitetsten angeführt[10]. Es ist aber nothwendig, diejenigen auszuscheiden, welche nur materiell-rechtliche Bedeutung haben, insofern nämlich der Gesetzgeber es manchmal rathsam findet, einer Regel des materiellen Rechtes die Form einer Beweisvorschrift zu geben. Er weist in all diesen Fällen den Richter an, so zu handeln, wie er handeln würde, wenn ihm ein bestimmter Sachverhalt feststünde; dabei kann er aber selbst deutlich erkennen, dass dieser Sachverhalt unter der von ihm aufgestellten Voraussetzung nicht verwirklicht sein werde (Fiction), — oder er wird zu der Aufstellung seiner Norm durch die Erwägung bestimmt, dass jener Sachverhalt der regelmässig eintretende sein werde (praesumtio juris), ohne dass er verkennt, dass dies nicht immer der Fall sein müsse. Wird er nun durch legislative Erwägungen bestimmt, sich über letzteres hinauszusetzen, also den Richter anzuweisen, das, was in der Mehrzahl der Fälle der wahren Sachlage entspricht, unbekümmert um etwaige Ausnahmen zur Geltung zu bringen, dadurch aber die letzteren den ersteren gleichzustellen, so ist eine praesumtio juris et de jure aufgestellt — eine reine Regel des materiellen Rechtes. Trägt der Gesetzgeber der Möglichkeit einer

[10] Prozessuale Bedeutung haben davon folgende: 1. Im weitesten Sinne jede Annahme einer Thatsache, zu welcher man auf dem Wege der Schlussfolgerung gelangt (an inference ... drawn by a course of probable reasoning from something proved or taken for granted). 2. Im engeren, specifisch juristischen Sinn bezeichnet Best sie als Annahme einer Thatsache, zu welcher ein Gericht durch Schlussfolgerung aus einer demselben hinreichend festgestellten Thatsache gelangt. 3. bezeichne das Wort im allgemeinen „alle Arten widerlegbarer (rebuttable) Präsumtionen, d. i. präsumtiones juris, starke factische Vermuthungen, gemischte Vermuthungen, Complexe von directen Beweisen und Anzeigungen, welche die Beweislast verschieben". 4. bezeichne der Ausdruck bald nothwendige, bald nur mögliche Folgerungen. 6. Im Gegensatz hiezu verstehen andere unter dem Wort nur Präsumtionen, die keinen Gegenbeweis zulassen (irrebuttable presumptions). An anderen Stellen hebt Best (zum Theil anknüpfend an Mascardus, der von praesumtiones naturae im Gegensatz zu pr. hominis spricht) die aus dem Gange der Natur abgeleiteten Präsumtionen hervor, die stärker seien als casuelle (§§ 303 und 332). Aus der reichen Sammlung von Definitionen anderer, welche a. a. O. § 299 Anm 1 sich findet, seien hier folgende hervorgehoben: Mathaeus: Praesumtio nihil est aliud, quam argumentum verisimile, communi sensu perceptum ex eo, quod plerumque fit. Huberus: Anticipatio judicii de rebus incertis ex eo, quod plerumque fit, percepta. Pothier: On peut définir la présomption, un jugement que la loi ou l'homme porte sur la vérité d'une chose, par une conséquence tirée d'une autre chose. Ces conséquences sont fondées sur ce qui arrive communément et ordinairement. — Hinzuzufügen wäre noch die Definition von Heineccius: Conjectura ducta ab eo, quod plurimum fit ... Quae a judice indicitur conjectura, praesumtio hominis vocari solet; et semper admittit probationem contrarii, quamvis, si alicujus momenti sit, probandi onere relevet.

Ausnahme vom regelmässig zu gewärtigenden Sachverhalt Rechnung, ohne darauf zu verzichten, diesem letzteren legislativen Ausdruck zu geben, so stellt er eine Rechtsvermuthung auf (praesumtio juris). Die Folge davon ist, dass der Richter den in der Vermuthung vorausgesetzten Sachverhalt seiner Entscheidung so lange zu Grunde legen muss, bis das Gegentheil erwiesen, also, subjectiv ausgedrückt, bis er vom Gegentheil überzeugt ist; die Aufstellung der Rechtsvermuthung enthält daher immer eine Regel des materiellen Rechtes, dass nämlich im Zweifel dasjenige gelten solle, was nach der Auffassung des Gesetzgebers selbst nur gerechtfertigt wäre, wenn das vermuthete wahr wäre. Die Rechtsvermuthung wirkt somit, wenn der Zufall die Mittel versagt, sie zu widerlegen, praktisch wie die praesumtio juris et de jure; es wird auf den Ausnahmefall, obgleich er vorhanden sein kann, keine Rücksicht genommen und er wird nach der auf ihn nicht passenden, in diesem Falle auch gar nicht berechneten Regel behandelt, und zwar selbst dann, wenn der Richter sein Vorhandensein für wahrscheinlich hält. Enthält dagegen die Aufstellung oder Zulassung einer Vermuthung nichts als eine reine Beweisregel, so ist klar, dass sie schon durch einen blossen Zweifel entkräftet wird. Sie bezeichnet nichts als den Seelenzustand, in welchem sich der Urtheiler bei der ersten oberflächlichen Prüfung des bezüglichen Theiles des Sachverhaltes befindet (prima facie evidence), den Ausgangspunkt seiner Untersuchung, und beruht auf der Schlussfolgerung vom gewöhnlichen, üblichen, regelmässig eintretenden auf das im vorliegenden Falle eingetretene. Sie wird eben darum sofort hinfällig, sobald irgend etwas sich herausstellt, was diese angenommene Zuversicht (das Wort „Präsumtion“ wird bekanntlich auch in diesem Sinne gebraucht) stört, die Annahme nämlich, dass es im vorliegenden Falle bei dem gewöhnlichen, regelmässigen Verlaufe der Dinge geblieben sei. Von diesem Augenblick an verliert sie aber auch jede Berechtigung, auf die thatsächliche Feststellung Einfluss zu üben. Sie war von Anbeginn nicht Beweis, sondern Beweisersatz; sie konnte die Beweisführung ersparen; erleichtern kann sie sie nicht. Dadurch eben unterscheidet sich die aus dem regelmässigen Verlauf abgeleitete Vermuthung von Beweismitteln, welche zwar zu schwach sind, Gewissheit zu begründen, aber ausreichen, den Beweisgegenstand wahrscheinlich zu machen und in diesem Sinne die Vermuthung desselben hervorzurufen: ein Thatumstand dieser Art behält sein volles Gewicht, bis er durch einen anderen aufgewogen ist; wird seine Beweiskraft durch einen Umstand abgeschwächt, so kann sie durch einen anderen unterstützt werden.

Scheidet man sonach solche wirkliche, wenn auch für sich allein nicht ausreichende Beweismittel einerseits, andererseits verkleidete Regeln des materiellen Rechtes vom Begriff der Vermuthung aus, so bleibt nur diejenige Vermuthung übrig, welche man als praesumtio hominis seu judicis bezeichnet: die aus der Betrachtung des regelmässigen Verlaufes der Dinge abgeleitete Annahme einer Thatsache. Sie bewirkt die vorläufige Befreiung von der Nothwendigkeit, positive Beweise für einen rechtlich erheblichen Thatumstand beizubringen. Dass sie aber kein Beweis, nicht einmal ein Beweiselement sei, zeigt sich sogleich, sobald nicht blos die abstracte Möglichkeit eines von dem gewöhnlichen abweichenden Laufes der Dinge hervorgehoben wird, sondern concrete Vorgänge eintreten, welche darauf hindeuten, dass jene im vorliegenden Falle sich verwirklicht haben könnte. Sofort tritt für den Urtheiler die Nothwendigkeit ein, diese Gründe zu berücksichtigen; er darf nicht mehr stillschweigend das blos zu vermuthende als ausgemacht ansehen, er darf auch nicht jene Gegengründe so lange unbeachtet lassen, als sie ihn nicht völlig überzeugt haben; es genügt, dass er nicht sie als völlig unschlüssig bei Seite zu setzen vermag, um der Vermuthung alle Wirksamkeit zu nehmen; denn seine endgiltige Entscheidung beruht dann nicht auf ihr, sondern darauf, dass er nach Erwägung aller Umstände bestimmte Gründe gefunden hat, auf denen seine Ueberzeugung beruht, dass sich das Thatbestandsmerkmal verwirklicht habe. Während also die Rechtsvermuthung bis zum Beweis des Gegentheils den Richter bindet, ist die einfache Vermuthung durch jeden erheblichen Zweifel vernichtet, der sich aus der Verhandlung ergiebt.

II. Von diesem Gesichtspunkt aus ist auch die Frage nach der Vermuthung des Vorsatzes und der Zurechnungsfähigkeit, soweit diese Frage eine prozessuale ist, zu beantworten.

Die geschichtliche Entwickelung der Lehre von der praesumtio doli [11] steht im Zusammenhange mit dem Misstrauen, welches die ge-

[11] Den Standpunkt des älteren Rechts formulirt Grolman, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft 3. Aufl. § 147: „Endlich ist auch der Grundsatz, dass für die Zurechenbarkeit und zwar für dolus vermuthet werde, in Deutschland gesetzlich (l 1 C ad l Corn. de sicar. 9. 16: qui si probaverit, non occidendi animo etc.; l 5 C de injur. 9. 35: Si non convicii consilio te aliquid .. dixisse probare potes)". Bezüglich der Literatur s. die Anmerkungen Feuerbachs und Mittermaiers bei § 87 des Lehrbuchs des ersteren. Dazu Kappler, Handbuch der Literatur des Criminalrechts S 263. 264. Kittler, Corpus juris criminalis p 16. 36. 37. Hepp, Versuche. Heidelberg 1827. S 163 ff. Henke, Handb. I 351 Anm 1, 369 Anm 5. Martin, Lehrb. des Criminalproz. § 133 Anm 13. Zachariä, Handb. II § 140 Anm 2. Schuster, De praesumtione doli mali in factis illicitis. 1829. Mitter-

meinrechtliche Beweistheorie dem indirecten Beweise entgegensetzte, und der Vorstellung, dass durch solchen nur eine Vermuthung, nicht Gewissheit begründet werden könne. Als dann die Abschaffung der Folter die Nothwendigkeit mit sich brachte, für die Fälle vorzusorgen, wo der Dolus nicht auf die einzige Art, welche einen directen Beweis desselben herzustellen geeignet ist, durch Geständniss, bewiesen war, konnte dies allerdings nur auf dem Wege der Schlussfolgerung geschehen, und da man in gewohnter Weise für diese Schlussfolgerungen Regeln zu gewinnen suchte, ward sehr bald der Weg eingeschlagen, dass das Gesetz a priori aus bestimmten Umständen den Dolus folgerte, und die Selbsthilfe, auf welche die gemeinrechtliche Doctrin angewiesen war, betrat denselben Weg, indem sie aus dem, was regelmässig der Fall zu sein pflegt, eine gesetzliche Regel ableitete, die zunächst gewiss nur Beweisregel war, aber leicht eine Fassung annahm, die sie zu einer Regel des materiellen Rechtes machte. Zuerst ward nur eine Regel dafür aufgestellt, dass der Richter, des Leugnens des Beschuldigten ungeachtet, als wahr ansehen könne, dass der Beschuldigte den unmittelbaren Inhalt seiner That auch erkannt und gewollt habe. Dann aber übertrug man dies auf die Folgen derselben, und zwar zunächst auf die nothwendigen und

maier, Beweis S 145. 146. NA I Stück 1 S 106 (Meister), II 19 (Wening), 434 (Borst). ANF 1843 S 528 (Arnold). Wächter, Lehrbuch des röm. deutschen StR I § 83. Jarcke, Handbuch I § 83. Osenbrüggen, Abhandlungen S 180 ff. Köstlin, Neue Revision §§ 112 a. 254—257. 330. 331. Derselbe, Handbuch I § 77. Geib, Lehrbuch II § 98. Binding, Die Normen II 132 ff. Die Wechselwirkung zwischen den Fragen nach der Beschaffenheit und dem Beweis des Dolus tritt besonders hervor in den Darstellungen von: Krug, Ueber Dolus und Culpa. 1854. S 8 ff. Gessler, Ueber den Begriff und die Arten des Dolus. 1860. S 20 ff. 275—283. S. auch Berner, Imputationslehre S 254 ff. 295 ff. Derselbe, Theilnahme S 120 ff. und die daselbst angeführte Abhandlung von Michelet, De doli et culpae in jure criminali notionibus. 1824. Vgl. auch Glaser, Kl. Schriften S 78 ff. Binding, Normen II 394 Anm 616. v. Bar, Recht und Beweis im Civilprozess. 1867. S 22. 23. — Ueber das englische Recht s. Best §§ 303. 305. 433. 436. Greenleaf I § 18. Taylor §§ 69 sq. Roscoe, Law of evidence in criminal cases. 6. ed. 1862. p 21. J. Fitzjames Stephen, General view ch. VIII p 304 und ch. III p 83. (An ersterer Stelle sagt Stephen: Proof that a mans body has gone through a set of motions usually caused by a certain state of mind raises a presumtion that they were so caused in the particular case at issue . . . . the motions forming the evidence of the feelings.) Bonnier lässt § 858, seine frühere Ansicht wechselnd, die praesumtio doli im Strafrecht fallen, bemerkt aber dennoch: Le caractère de l'acte incriminé emporte une pure présomption de fait, dont la force varie à l'infini et, à part même la folie, telle ou telle circonstance . . . peut en définitive donner une explication satisfaisante de ce qui, au premier abord, paraissait naturellement criminel.

sodann auch auf die wahrscheinlichen. So kam man von der praesumtio doli zum dolus indirecte probatus. Von da war aber nur ein Schritt dahin, den Unterschied zwischen dem vom Beschuldigten zugegebenen und dem durch das Wesen des Dolus geforderten Sachverhalt als rechtlich unerheblich zu erklären, und so trat jenes Schwanken zwischen dolus indirecte probatus und dolus indirectus ein, welches der Ausgangspunkt so vielfacher Controversen auf dem Gebiete der Doluslehre war[12].

[12] Dass die Lehre vom dolus praesumtus auf die Eintheilungen des dolus einen wesentlichen Einfluss übte, ergiebt sich aus den oben angeführten Arbeiten von Osenbrüggen, Gessler und Binding. Für das letzte Viertel des vorigen Jahrhunderts sei hier eine Stimme angeführt: „Pragmatici vero inquiunt, dolum alium esse verum, alium praesumptum; ast nomine doli praesumpti vel illum intelligis, quem leges praesumunt in homicidiis aliisque criminibus, quae a maioribus 25 annis patrantur, ita ut ad accusatum spectet probare dolum non adfuisse, vel illum intelligis, cuius existentia ex levibus coniecturis dubiisque argumentis deducitur seu praesumitur: Si primum, bene dicis; secus, si alterum. Ita enim non instituitur divisio doli, sed potius argumentorum, quibus dolus probatur". Cremani, De jure criminali l. I p. I cap. II § 18. Lucae 1779. I 31. Auch an Widerspruch fehlte es nicht, wobei neben den Quellenstellen des römischen und kanonischen Rechts, die für und wider geltend gemacht wurden, auch der Reichsabschied von 1594 § 69 angeführt wurde. Von dieser Beweisführung abgehend, sucht Grolman vom philosophischen Standpunkt aus die Frage zu lösen. Von ihm, sagte Feuerbach in den älteren Auflagen seines Lehrbuches, sei die praesumtio doli zuerst gründlich erwiesen worden. Es geschah dies in seiner Abhandlung in der „Bibliothek für peinliche Rechtswissenschaft" I Heft 2 S 70 ff.: „Wird Dolus vermuthet"? Grolman widerlegt zunächst die Anwendung des Satzes: Quilibet praesumitur bonus etc. auf denjenigen, der erwiesenermaassen objectiv ungesetzliches gethan hat. „So wie die Handlung", fährt er fort, „objectiv erscheint, so muss sie auch subjectiv beschaffen vermuthet werden. Jede objectiv legale Handlung wird daher für subjectiv legal, jede objectiv illegale Handlung für auch subjectiv illegal vermuthet; . . . denn wenn überhaupt jede Handlung als eine willkürliche vermuthet werden muss, so muss sie auch gerade so, wie sie ist, als willkürlich vermuthet werden, mithin eine illegale als willkürlich illegal". „Die illegale Handlung muss endlich auch als eine dolose vermuthet werden". Wichtiger ist, zu sehen, wie sich Grolman den Gegensatz seiner Auffassung zu der herrschenden denkt oder vielmehr ihn hinwegdeducirt. Er setzt den gewöhnlichen Fall voraus, dass jemand einen andern niedergestossen. „Nach unserer Theorie wird der Richter sagen müssen: Da hier aus der ganzen Lage der Sache auch nicht der geringste Umstand erhellt, welcher die Vermuthung für den Dolus zu entfernen im Stande wäre, so kann die That des etc. nicht anders als dolos betrachtet werden. Nach der entgegengesetzten Theorie aber: Da die ganze Lage der Sache zu keinem andern Schlusse berechtigt, so u. s. w.". Und Grolman findet seine Theorie „beruhigender"; „denn ich muss gestehen, dass wenn Dolus nicht überhaupt vermuthet würde, sondern bewiesen werden müsste, ich mich schwer entschliessen würde, aus einem von dem Zusammenhange der Umstände hergenommenen Schlusse

Dieses Verhältniss ist vielleicht am besten durch eine Anwendung zu beleuchten, welche auch für das heutige Recht Bedeutung

---

den Verbrecher als dolosen zu verdammen"; vielmehr müsste er dann Kleinschrod begreifen, welcher behaupte, „dass der dolus . . . eigentlich nur durch freies Bekenntniss ... bewiesen werden könne". (Kleinschrod, sagte später Köstlin, N. Revision S 331, habe ehrlich ausgesprochen, der dolus, als Vorsatz aufgefasst, könne nicht indirect ex re, ex indiciis, sondern nur durch Geständniss bewiesen werden. Köstlin bringt das als Argument gegen die Feuerbach'sche Schuldlehre vor und findet es daher, Handbuch S 209 Anm 6, „unbegreiflich", dass ihm Luden, Handbuch I 346, der selbst den Gegenpol der Kleinschrod'schen Ansicht bildet und den dolus nie durch Geständniss beweisen lässt, diese Ansicht beimisst.) Und um nachzuweisen, dass er das positive Gesetz auf seiner Seite habe, beruft sich Grolman auf dasjenige, „was über den Beweis der Nothwehr bestimmt ist". Man mag daran sehen, was aus einer Lehre werden kann, wenn man sich mehr an das Schlagwort, an die Ueberschrift, als an sie selbst hält. Denn während Grolman seine Vermuthung durch „den geringsten Umstand" entfernen lässt, glaubt Feuerbach mit ihm im Einklang zu sein, wenn er die Vermuthung so lange festhält, „bis sich bestimmte Gründe für die Ausnahme zeigen (facta laesione praesumitur dolus, donec probetur contrarium)". Er findet in l 1 Cod. ad l Corn. de sicariis 9. 16: qui si probaverit non occidendi animo hominem a se percussum esse etc. den gesetzlichen Anhalt dafür (Lehrbuch 7. Aufl. § 60), und zwar einen so festen, dass er sich mit dieser Gesetzesstelle abfinden muss, ehe er auf die praesumtio doli — nichts weniger als rückhaltlos, s. z. B. Köstlin, N. Revision a. a. O. — verzichtet (§ 87 Anm 1 von der 9. Auflage an). Codificirt ist dann diese praesumtio juris in den Art. 43 und 44 des bayerischen StG von 1813: . . . „so ferne nicht aus den besonderen Umständen eine Gewissheit oder Wahrscheinlichkeit des Gegentheils sich ergiebt" (Art. 43); . . . . „so ist für erwiesen anzunehmen, dass dieser Erfolg der Handlung ebenfalls beabsichtigt gewesen sei, woferne nicht durch klare Beweise das Gegentheil dargethan werden kann". (Art. 44, welcher allerdings nur von dem Fall spricht, wo „der Erfolg unmittelbar und nothwendig zu entstehen pflegt".) Trotzdem legen die „Anmerkungen zum Strafgesetzbuche" I 145 diese Regeln so aus, dass der Satz: dolus non praesumitur, eingeschränkt sei in den Satz: in dubio dolus non praesumitur. Text und Anmerkungen gehen aber darüber hinaus, da erst „die Wahrscheinlichkeit des Gegentheils" „es positiv zweifelhaft macht, ob der gesetzlich nur angenommene, aber nicht bewiesene rechtswidrige Vorsatz wirklich vorhanden war", und schliesslich löst sich (S 153. 154) alles in die Vorschrift auf, dass der Richter alle Umstände abwägen müsse, „um hiernach das Dasein, die Stärke und den Umfang des rechtswidrigen Vorsatzes mit juristischer Schärfe nach den gesetzlichen Bestimmungen abzumessen". Dass hiemit der Sinn des Gesetzes eingeschränkt werde, ward sofort erkannt (s. Gönner und Schmidtlein, J d. Gesetzg. II 334 ff.; Oersted in seinen Grundregeln der Strafgesetzg. S 282 ff.; vgl. desselben Prüfung des Entw zu einem Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern. Kopenhagen 1823. S 120). Fehlte es aber am klaren Bewusstsein des Unterschiedes zwischen der Zulassung des Nachweises des dolus aus den Umständen, einer einfachen Vermuthung und einer praesumtio juris, so ist es augenfällig, dass Feuerbach, als er letztere

hat. Handelt es sich um den geschlechtlichen Missbrauch eines Mädchens, welches das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet hat

---

aufgab, erstere festhielt, wenn er sagte: „Die rechtliche Vermuthung der Zurechnungsfähigkeit schliesst die Vermuthung für eine bestimmte Art des Verschuldens... nicht in sich, als welche, ohne dass es dafür eines Beweises bedürfe, jedesmal 1. aus der Beschaffenheit der Handlung an und für sich, 2. aus dem näheren oder entfernteren Zusammenhange ..., endlich 3. aus den ... Umständen zu beurtheilen ist". Die positive Bestimmung des bayerischen Strafgesetzes wurde durch Art. I des Ges v. 29. Aug. 1848 aufgehoben, indem ausgesprochen wurde, das subjective Moment des Thatbestandes „gehört zur Thatfrage und ist nach den Umständen zu beurtheilen". Mit diesem Entwickelungsgange kann der des österreichischen Gesetzes verglichen werden. Auch dieses stellte in § 413 des Ges von 1803 eine Vorschrift über den Beweis des geleugneten bösen Vorsatzes auf. Zunächst ist auffallend, dass diese Vorschrift ausdrücklich nur für den Fall ertheilt ist, wo der Beschuldigte die That eingesteht. In solchem Falle kann „die Entschuldigung in so ferne statt haben, als" „die That sich plötzlich ereignet" und „das Uebel nach der natürlichen Ordnung der Dinge nicht schon nothwendig aus der Handlung entstehen musste; hat aber der Beschuldigte Gelegenheit und Mittel, die That auszuüben, vorbereitet, so ist er auch des bösen Vorsatzes für überwiesen zu halten; es sei denn, dass aus der Untersuchung besondere Umstände hervorkommen, welche füglich eine andere Absicht erkennen lassen". Es ist klar, dass hier nicht eine allgemeine Präsumtion des dolus aufgestellt, sondern aus der grossen Menge der denkbaren Fälle nur eine Anzahl hervorgehoben und die natürliche Schlussfolgerung, zu welcher in solchen Fällen der Richter selbst gelangen wird, ihm nur gewissermaassen vorgemacht ist. Es ist sonach eine einfache, überdies durch den nächstfolgenden, den Keim der negativen Beweistheorie enthaltenden Paragraphen abgeschwächte Beweisregel, welche im wesentlichen denselben Gegenstand behandelt, wie Art. 43 des bayerischen Gesetzes. Dem Art. 44 desselben entspricht jedoch § 1 des österreichischen Gesetzes von 1803 (wörtlich übergegangen ins Gesetz von 1852). Beide Gesetzesstellen behandeln nämlich den Fall, wo es zweifelhaft ist, ob dem Beschuldigten der ganze Erfolg seiner That als gewollt zur Last gelegt werden könne. Nur ist die bayerische Bestimmung, verfasst von dem entschiedensten Gegner des indirecten Vorsatzes, ausdrücklich als Aufstellung einer Präsumtion gekennzeichnet; die gerade wegen ihres Gegensatzes zur Theorie Feuerbachs von des letzteren erbittertem Widersacher, Gönner, auf jede Weise (allerdings auch durch Auslassung eines entscheidenden Wortes des Textes) gepriesene Bestimmung des österreichischen Gesetzes steht dagegen vollständig auf dem Boden des dolus indirectus. So gross aber war der Einfluss, den Feuerbach und seine später aufgegebene praesumtio doli auch auf die Bearbeiter des österreichischen Strafrechts übten, dass letztere durch lange Zeit in der fraglichen Stelle nichts als eine Beweisregel erblicken wollten (s. namentlich die Ausführung von Jenull I 82—86, zu vergleichen mit IV 89—93; auch Henke, Handbuch I 370 schreibt die Reduction des dolus indirectus auf einen indirect bewiesenen dolus hauptsächlich Jenull zu; vergl. die vollständige Darstellung der Literatur bei Glaser, Kleine Schriften S 65 ff.). Auch als Beweisvorschrift aufgefasst, wurde die Bestimmung durch die Auslegung, die ihr namentlich Kitka, Beweislehre S 425 gab, unter die Bedeutung einer praesumtio juris hinabgedrückt. Daneben aber fuhr die

(§ 176 Z. 3 d. StGB, §§ 127. 128 österr. StG), so kann das Alter des Mädchens ein so zartes, dessen Erscheinung eine so unentwickelte gewesen sein, dass man es überflüssig findet, in der ganzen Verhandlung ein Wort darüber zu verlieren, ob dem Angeklagten das Alter des Kindes bekannt war. Behauptete er indess geradezu, das Mädchen für älter gehalten zu haben, so würde, so lange diese seine Behauptung allein stünde, ihr keine Beachtung geschenkt werden, obgleich, da es ja vorkommt, dass Mädchen in ihrer Entwicklung ungewöhnlich lange zurückbleiben, die abstracte Möglichkeit einer solchen Vorstellung des Angeklagten nicht ausgeschlossen und positiver Beweis seiner Kenntniss des wahren Sachverhaltes auch nicht in schwachen Anfängen vorhanden ist. Im ersten Falle wird man den Richter nicht oberflächlicher Behandlung, im zweiten nicht leichtgläubiger Annahme der Schuld zeihen können, obgleich in beiden Fällen das Urtheil in dem fraglichen Punkte sich nur auf eine Vermuthung stützt; ginge man nicht so vor, so würde man im ersten Fall den Angeklagten selbst durch eine Freisprechung überraschen, die er aus diesem Grunde gar nicht erwartete, im zweiten die Strafrechtspflege die traurige Rolle spielen lassen, dass sie durch ein bequemes, aber nur dem Verderbtesten bequemes Leugnen unfehlbar entwaffnet wird. Denn wollte man von der Vermuthung absehen, die aus dem Anblick des Mädchens und der Voraussetzung der gewöhnlichen Kenntniss der Lebensverhältnisse auf Seite des Angeklagten erwächst, so wäre der Beweis seines Wissens wohl nicht anders zu führen, als indem dargethan würde, dass er sich um den Umstand erkundigt und dabei Angaben erlangt habe, die ihm das Alter des Mädchens bewiesen. Es führt also die Zulassung der Vermuthung dahin, dass man nicht für nöthig hält, eine solche Nachforschung des Angeklagten zu beweisen[13]. — Man nehme aber nun an, dass der

---

Praxis fort, den § 1 als Regel des materiellen Rechts, als eine zweite Art des dolus statuirend, anzuwenden. Daran änderte weder die auf dem Princip der freien Beweiswürdigung ruhende StPO von 1850 etwas, noch § 268 der StPO von 1853, welcher die angeführte Bestimmung des § 413 durch die Aufnahme der angeblichen Beweisregel des § 1 zu ergänzen suchte (Hye-Glunek, Die leitenden Grundsätze der österr. StPO S 292—295), allerdings aber zugleich der Vermuthung einen bindenderen Charakter beilegte, als das frühere Gesetz („so kann seine Angabe nur dann für glaubwürdig gehalten werden“ u. s. w.).

[13] Binding frägt Normen II 622 Anm 944: „Was könnte den Gesetzgeber zwingen, unmögliche Beweise zu forciren“? Gewiss nichts, wenn die Beweise wirklich nöthig und unmöglich sind und es sich nicht vielmehr darum handelt, dass nur der Richter das nicht wissen und nicht glauben soll, woran ausser ihm niemand

Angeklagte nicht blos leugnet, dass er sich auf bestimmte Umstände beruft, die geeignet waren, das unwahrscheinliche ihm wahrscheinlich oder doch denkbar zu machen (z. B. die eigene Angabe des Mädchens, eine sich zeigende sittliche Verderbniss, wie sie in so frühem Alter nicht zu erwarten ist u. dgl.), so genügt das, um die Vermuthung, welche die Erscheinung des Mädchens rechtfertigte, zu beseitigen. Wenn dann der Prozess nichts zu Tage fördert, was geeignet ist, einen Beweis des Wissens des Angeklagten herzustellen (d. h. auf dem Gebiet der freien Beweiswürdigung: dem Richter einen Anhaltspunkt für die Folgerung desselben zu bieten, welcher ihm dazu ausreichend erscheint), so ist das entsprechende Thatbestandsmoment nicht bewiesen: der blosse Zweifel, sofern dieser nur ein ernstlicher ist, entkräftet also die Vermuthung, weil diese ja nur eine natürliche, nur eine praesumtio hominis ist. Hat man aber aus ihr eine praesumtio juris gemacht, hat man vielleicht ihre Grundlage allgemeiner gefasst und, von dem an sich richtigen Satze ausgehend, es müsse im allgemeinen vermuthet werden, dass ein normaler Mensch das, was er bei vollem Bewusstsein thue, auch thun wolle, sich in Gefahr gebracht, dem Richter zu gestatten, zu vermuthen, dass man ein Mädchen unter 14 Jahren als solches auch erkenne, und nun gar ihm zur Pflicht gemacht, dies so lange für erwiesen anzunehmen, bis sich ihm ausreichender Grund ergiebt, das Gegentheil für gewiss oder bestenfalls doch für wahrscheinlich zu halten, so ist man in einen Fehler verfallen, welcher das Wesen des strafrechtlichen Beweises zerstört und dem Richter gestattet oder ihn etwa gar nöthigt, auf den Beweis eines Thatbestandsmomentes zu verzichten und dasselbe bis zum Beweis des Gegentheils für wahr zu halten. Hier liegt die Gefahr ganz nahe, dass etwas unwahres für wahr gehalten wird, blos weil der Beweis misslingt. Daraus entwickelt sich aber leicht noch etwas anderes: es taucht eine Frage des materiellen Rechtes auf.

---

zweifelt. Thatbestände aber aufzustellen, deren Beweis regelmässig unmöglich ist, führt zu einem das öffentliche Rechtsgefühl tief verletzenden Zustand: das Strafgesetz wird nur auf jene angewendet, welche die relative Ehrlichkeit zeigen, einzugestehen, dass sie das Gesetz übertraten. Sehr treffend sagt Binding selbst a. a. O. S 605. 606: „Zwei Interessen des Staates bei seiner Strafrechtspflege versöhnen sich schwer mit einander: das der möglichst ausnahmslosen Anwendung des Strafgesetzes auf alle ihm unterfallenden wirklich geschehenen Verbrechen und das ausschliesslich gerechter Bestrafung nur auf bewiesene Schuld hin. Das zweite fordert vom Staate resignirenden Verzicht auf jeden Versuch, das vielleicht vollführte, aber nicht nachweisliche Verbrechen unter Strafe zu ziehen: das erste drängt ihn, den unmöglichen Beweis möglich zu machen, damit das Beweisrecht nicht zum Asyl des Verbrechers werde“.

Wenn es, um den Angeklagten des dolus zu überweisen, nicht des Nachweises bedarf, dass er nach dem Alter des Mädchens geforscht und dass diese Nachforschung ihm die Ueberzeugung von dem wahren Alter beigebracht habe: so liegt es nahe, den Beweis des dolus stets da als erbracht anzusehen, wo jene Nachforschung nicht stattfand, oder wo sie nicht ein Ergebniss lieferte, welches dem Angeklagten gestattete, bona fide anzunehmen, das Mädchen sei schon 14 Jahre alt. Damit würden aber in den Thatbestand des Delictes die Fälle eingeschlossen, wo der Angeklagte wirklich gezweifelt und trotz dieses Zweifels gehandelt hat, statt sich vorerst Gewissheit zu verschaffen, dass er handeln könne, ohne strafbar zu werden. Es ist also klar, dass hier aus der Beweisfrage eine Frage des materiellen Rechtes, aus einem bedingt wirksamen Element der Beweisführung eine Erleichterung des Beweises durch Einschränkung des Beweissatzes geworden ist. Die Frage des materiellen Rechtes ist hier nicht zu erörtern[14]; für unsern Zweck genügt es, den

[14] Siehe namentlich Schwarze in Schletters J IV 1858 S 43, insbesondere aber dessen Commentar zum Strafgesetze für das Deutsche Reich 4. Aufl. S 454 Bem 17 zu § 176 vgl. mit S 230 (Bem 6 zu § 59). An letzterer Stelle heisst es: „Der Irrthum über das Alter . . . . schliesst den dolus und sonach die Strafbarkeit aus; eine ganz andere Frage ist es aber, ob die Berufung auf einen solchen Irrthum in der Regel glaublich ist und ob nicht dieselbe dadurch ohne weiteres erledigt wird, dass (wie es wohl meistens der Fall ist) der Thäter unbekümmert um das Alter des Kindes, also dolo indirecto, es gemissbraucht hatte". Vgl. ein in Schletters J VII 130 Nr 8 mitgetheiltes grossh. hessisches Judicat. Ueber die Stellung der Praxis des preussischen Strafgesetzes zu diesem Zweifel und die damit zusammenhängende Frage, ob die Geschworenen um das Wissen oder Nichtwissen des Angeklagten zu fragen waren, Oppenhoff, Preuss. Strafgesetz 5. Aufl. § 144 Nr 23; GA 1854 S 238. 254. 807, 1855 S 37. 55; v. Bar, Recht und Beweis im Geschwornengericht S 199; Zachariä, Handb. II § 139 Anm 12. — An letzterem Orte sind einige Judicate anderer deutscher und österreichischer Gerichte gegenübergestellt. Unter diesen sind zwei österreichische, welche wieder die Wechselwirkung zwischen indirectem Beweis des dolus und dolus indirectus zeigen. In dem einen Fall verurtheilt ein Gericht, „weil der Angeklagte es an der gehörigen Nachforschung nach dem Alter des Mädchens habe fehlen lassen; weil er also mit indirectem Vorsatz gehandelt habe". In einem anderen war freigesprochen worden, und diese Freisprechung ward vom Cassationshof zu Wien bestätigt, mit der Begründung: „Hatte er Gründe, anzunehmen, dass diese Person die Mündigkeit schon überschritten habe, so befand er sich allerdings in einem Irrthum, der ihn in seiner Handlung das . . . Verbrechen nicht erkennen liess . . . . Wenn man auch an diesem Grundsatze festhält, so ist dennoch nicht zu fürchten, dass die Schänder unmündiger Personen sich leicht der verdienten Strafe . . entziehen könnten . . .; denn den Richtern liegt es ob, jene Umstände genau zu erwägen, die für und die gegen eine solche Behauptung

Zusammenhang, die Gefahr des Ueberganges gezeigt und dadurch klar gemacht zu haben, dass hier dem Prozess eine Aufgabe gestellt wird,

---

sprechen, und sie nur dann als erwiesen anzunehmen, wenn sie die innerste Ueberzeugung gewonnen, dass selbe Glauben verdienen" (E v. 7. October 1852 Oesterr. GZ 1852 Nr 147). — Man sieht, wie auch hier die Fragen des Beweises und des zu beweisenden ineinanderfliessen. Die erstere geht dahin: „Hält der Urtheiler für wahr, dass der Angeklagte für wahr hielt, dass das Alter von 14 Jahren überschritten war?" Die zweite lautet: „Genügt es, dass der Angeklagte zweifelte, keine volle Gewissheit hatte, damit er straffrei bleibe?" Das ist eine Frage des materiellen Rechts; und sie geht daraus hervor, dass in der Mehrzahl der Fälle dasjenige, was den Gesetzgeber bestimmt, diese Handlung für strafbar zu erklären, dem Thäter vollkommen gleichgiltig ist. Das Mädchen reizt diesen, wie es ist; es ist ihm aber ganz gleichgiltig, wie alt es sei. Wer tödten will, schiesst oder schlägt, weil er tödten will; er würde nicht handeln, wenn er es nicht wollte. Abgesehen von einzelnen Wüstlingen sucht aber niemand den geschlechtlichen Umgang eines Mädchens, weil es noch nicht 14 Jahre ist; mancher lässt sich nur von dem, was er will, durch die Rücksicht auf das Alter nicht abhalten. Fasst man nun das Gesetz so auf, dass der Thäter es eigens auf das Alter abgesehen haben müsse, so wird der Zweck des Gesetzes, die unerfahrene Jugend zu schützen, nur in sehr geringem Umfange erreicht werden; denn man wird nur denjenigen strafen können, der die Verhältnisse des Mädchens kannte oder sich förmlich Gewissheit über das Alter desselben verschaffte. Wenn aber diese Voraussetzungen zwar nicht eintreffen, jedoch dem Angeklagten sich die Frage nach dem Alter des Mädchens aufdrängen musste (oder richtiger ausgedrückt: wenn der Urtheiler überzeugt ist, dass sie sich ihm aufgedrängt hat), ihm aber zweifelhaft blieb, weil er weiter zu forschen nicht der Mühe werth fand oder absichtlich vermied, genügt dies, um den Vorsatz auszuschliessen? — Hier tritt noch die Specialität des Falles hervor, dass die Bestrafung als Verbrechen ihren letzten Grund in der vorausgesetzten Unfähigkeit der missbrauchten Person findet, sich darein mit Kenntniss der Bedeutung des Schrittes freiwillig zu ergeben, und dass es daher Sache des in re illicita versirenden (über die Bedeutung dieses Verhältnisses vgl. Köstlin, System § 62 S 62) war, sich einer Zustimmung zu versichern, welche die Voraussetzung der Unsträflichkeit seines Thuns ist. Jedenfalls wird man bei Fällen dieser Art mit minderem Bedenken, als wo es sich um einen äusserlich hinzutretenden Erfolg handelt, gelten lassen, was Binding, Normen II 409. 410 sagt: „Wenn auch der bewusste Wille ohne Vorstellung von der Ursächlichkeit des Verhaltens undenkbar ist, so ist doch durchaus nicht erforderlich, dass jene Vorstellung allen Zweifel überwindend allein herrsche. Gerade die bisher besprochene Alternative der Vorstellung liegt in den Fällen des sog. dolus eventualis vor. Jemand zweifelt, ob seine Handlung einen erlaubten oder einen unerlaubten Erfolg herbeiführen wird, er wünscht zwar jenen, handelt aber darauf los, auch auf die Gefahr hin, letzteren zu verursachen. Der dolus unterscheidet sich hier in gar keiner Weise von dem sog. dolus determinatus, bei welchem der Thäter den Eintritt des unerlaubten Erfolges bestimmt erwartet". Hierauf sich stützend geht Olshausen bei § 59 Bem 6 einen beträchtlichen Schritt weiter; ihm genügt, dass der Thäter den Thatumstand „für möglich" hielt, „unter der Voraussetzung, dass er den für möglich angesehenen Erfolg seines Handelns beabsichtigte". Letzteres Moment hat nun aber, wie gezeigt, in unserem Fall entweder gar keine

die ihm ganz fremd ist, und dass die Aufstellung der praesumtio juris die fast unwiderstehliche Versuchung mit sich bringt, eine heikle Rechtsfrage dadurch zu umgehen, dass man sie in eine Beweisfrage umsetzt: aus dem Umstand, dass etwas für wahr anzunehmen ist, ohne dass es bewiesen wird, wird auf diese Weise gefolgert, was nicht bewiesen zu werden brauche, brauche auch nicht wahr zu sein. Es ist nun, wie oben gezeigt wurde, allerdings denkbar, dass der Gesetzgeber eine Regel des materiellen Rechts in die Form einer Beweisregel kleide; wenn er für unnöthig erklärt, dass ein Umstand bewiesen werde, so will er damit ausdrücken, dass dieser Umstand nicht vorhanden zu sein brauche. Aber es ist dann gewiss rathsamer, dass er dies ausdrücklich erkläre, statt den Richter zu verleiten oder gar zu zwingen, auf einem Gebiete, wo es nur auf die Wahrheit der Thatsachen ankommt, für erwiesen zu erklären, was nicht wahr, vielleicht nicht einmal wahrscheinlich ist. Eben darum darf ihm diese Absicht, zumal in der Gegenwart, auch nicht zugemuthet werden, wenn sich seine Anordnung auf andere Weise erklären lässt. Und fast

---

Bedeutung oder führt alles wieder auf den Ausgangspunkt zurück. Gerade in unserem Falle begnügt sich Olshausen mit viel wenigerem; er lässt nur denjenigen straflos, „welcher nicht zweifelte", „während derjenige, der zwar das Alter . . nicht kennt, dagegen für möglich hielt, dass . . , sich strafbar macht". Olshausen sagt daher auch geradezu, im § 59 wollte der Gesetzgeber sagen: „Wenn jemand das Vorhandensein von Thatumständen . . . weder kannte noch für möglich hielt", und in diesem Sinne soll nach seiner Meinung auch die Frage an die Geschwornen lauten: „Hat der Angeklagte . . . gekannt oder für möglich gehalten?" Selbst Schwarzes Frage, ob der Thäter „angenommen habe, dass u. s. w." entspreche „dem Wesen des eventuellen dolus nicht ganz"; a. a. O. S 257 Bem 19. Dagegen bemerkt Rubo zu § 59 Nr 4: § 59 enthalte nicht „die Vorschrift, dass blos vermuthetes als bekanntes zu gelten habe". S. hingegen wieder Oetker, Einfluss des Rechtsirrthums im Strafrecht. 1876. S 92. Vgl. auch Rüdorff-Stenglein S 224 bei § 59 Bem 6. Die Frage des materiellen Rechtes kann und soll hier nicht erörtert, hier muss nur gefordert werden, dass man sie nicht in eine Beweisfrage umsetze. Doch seien hier noch zwei neuerlich ergangene Reichsgerichtserkenntnisse angeführt. Das RGE vom 2. Januar 1882 Rspr IV 5 beseitigt den Einwand, dass das Urtheil nicht ausdrücklich feststelle, Thäter habe das jugendliche Alter des . . Mädchens gekannt, mit der Bemerkung: „Allerdings erscheint gemäss § 59 des StGB die Strafbarkeit ausgeschlossen, wenn jemand bei Verübung einer strafbaren Handlung einen zum gesetzlichen Thatbestande des Reates gehörigen Umstand nicht gekannt hat; allein diese Unkenntniss wird nicht vermuthet und bedarf, sofern sie nicht ausdrücklich behauptet wird (StPO § 266 Abs. 2), weder einer besonderen Beweiserhebung, noch einer Besprechung in den Urtheilsgründen". Im Resultat übereinstimmend RGE v. 4. Januar 1882 Rspr IV 9, wo aber gesagt ist, dass das Wissen des Thäters ein Merkmal sei, von dessen Vorhandensein sich der Thatrichter jedesmal überzeugt haben muss.

immer wird dies auch möglich sein: es wird sich zeigen, dass er entweder nur die in einzelnen Fällen besonders nahe Gefahr des Uebersehens eines nothwendigen Elementes des Thatbestandes hier durch ausdrückliche Hervorhebung desselben fernhalten, darum aber noch nicht dasselbe als in anderen Fällen entbehrlich bezeichnen wollte — oder dass er, unter dem Eindruck der Besorgniss, der Richter könnte die durch eine natürliche Vermuthung bewirkte Beweiserleichterung bei einem Punkte, wo ohne Berücksichtigung derselben die Rechtspflege ins Stocken gerathen müsste, ausser Acht lassen, auf dieselbe ausdrücklich aufmerksam machen, nicht aber die natürliche Vermuthung zur Rechtsvermuthung erheben, d. h. dem Richter einen Satz vorzeichnen wollte, den er bis zum Beweis des Gegentheiles für wahr zu halten habe.

III. Von diesem Standpunkt aus sind manche Schwierigkeiten zu heben, welche sich aus der gegenseitigen Berührung des heutigen deutschen Strafrechts und Strafprozesses ergeben [15]. Es ist ausser Zweifel, dass weder die praesumtio imputabilitatis noch die praesumtio doli im allgemeinen durch irgend ein Wort des Strafgesetzes ausdrücklich anerkannt ist (s. übrigens bezüglich einzelner Stellen, die eine solche Deutung zulassen, die oben Anm 6 erwähnte Ausführung Bindings). Wenn es nun unvermeidlich ist, dass der Richter von der Annahme ausgehe, dass der Angeklagte geistig und körperlich normal sei und dass er das nothwendig in seiner Handlung liegende oder aus derselben nothwendig oder muthmaasslich folgende sich gegenwärtig gehalten und mit seiner That auch gewollt habe, so beruht diese Vermuthung auf der Natur der Sache [16], nicht auf einer

[15] Binding, Die Normen II 132 ff. 609 ff. H. Meyer, Lehrb. des deutschen Strafrechts. 3. Aufl. § 24 Nr 4; § 27 Nr 10. Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 2. Aufl. S 91 § 32 Anm 6; S 124 § 41 Anm 2. Vgl. auch Röder im GS 1874 S 11. Olshausen, Commentar I 256 ff., Bem 14 zu § 59. John, Das deutsche Strafprozessrecht § 29. Ferner mit besonderer Rücksicht auf das sog. qualificirte Geständniss: Böhmer, Medit. art. 141 CCC § 1. Stübel, Criminalverfahren § 308. Martin § 80 Anm 19 ff. Bauer, Abhandlungen II 255 ff. Mittermaier, Beweis S 271 ff. Reyscher, De confessione limitata p 27—31. Zachariä, Grundl. § 159. Schuster, De praesumtione doli mali. Göttingen 1829. Seel, Ueber den Beweis des rechtswidrigen Vorsatzes, in der Z für . . Bayern VI 562 ff. VIII 285—293. Demmes Annalen II 390 ff. Best §§ 303. 305. 433. Greenleaf I §§ 18. 35. Stephen, General view p 83. 304. Bonnier §§ 676. 677.

[16] Mit der nunmehr seit langer Zeit einstimmigen Verurtheilung der praesumtio imputabilitatis et doli (in ihrer Allgemeinheit; dass daneben noch zahlreiche Specialpräsumtionen geschaffen und geduldet wurden, hat Osenbrüggen a. a. O.



gesetzlichen Anordnung, und sie verschwindet eben darum auch sofort, sobald sie unter den besonderen Umständen eines Falles sich

---

S 167 ff. trefflich nachgewiesen) ist diese natürliche Vermuthung keineswegs zu verwechseln; ihre Anerkennung findet daher neben der Bekämpfung jener Rechtsvermuthung vollständig Raum. Es liegt dies im Wesen eines natürlichen Beweisrechtes. Hätte man nicht vom Richter gefordert, dass er allein gegen alle Evidenz bezweifle, was ausser ihm niemand bezweifelt, so wäre man vielleicht nie in jenes entgegengesetzte Extrem verfallen: ihm zu gebieten, Zweifel, die er wirklich hegt, zu unterdrücken. In erster Linie genügt es also, dass die That auf Zurechnungsfähigkeit und dolus hinweist (Sed an dolo quid factum sit, ex facto intelligitur: l 1 § 1 D de doli mali exceptione 44. 4. Et ex re constituendum hoc: l 1 § 3 D ad leg. Cornel. de sicar. 48. 8); falsch ist nur, dass dies jede That thue, und ebenso, dass wenn sie es thut, dem Angeklagten der Beweis des Gegentheils aufgebürdet werden kann. Aber wenn die That so beschaffen ist, dass ihre Objectivität die Annahme des Vorsatzes aufdrängt, so kann daran weder das Leugnen des Vorsatzes allein, noch das in der Ableugnung der That selbst mit enthaltene etwas ändern. Berner, welcher, Theilnahme S 131. 132, der Bemerkung Michelets: da der Beweis des dolus immer schwer sein werde, ja selbst nicht einmal durch das Geständniss festgestellt werden könne, so müsse „indirect aus der That die Absicht bewiesen werden, und jeder dolus indirectus ist insofern dolus praesumtus“ — das Wort entgegenstellt: „Für den dolus praesumtus müssen wir nun aber ablehnend gehorsamst danken. Jeder dolus soll bewiesen werden“ —, derselbe Berner bezeichnet unmittelbar vorher der Sache nach zustimmend als den wesentlichen aber nicht klar herausgearbeiteten Gehalt der Michelet'schen Arbeit über den dolus indirectus: „Sobald der Inquisit die Absicht rücksichtlich eines Erfolges ableugnet, so muss die eigene Substanz der Handlung, so muss das Zeugniss der Objectivität gegen ihn aufgerufen werden. Man muss ihm vorhalten, was an sich in der objectiven Seite seiner Handlung vorliege. Wer mit einem Säbel einen Hieb auf den Kopf eines anderen führte, dem muss entgegengehalten werden ...., dass ein unmotivirtes Leugnen diese reale Natur der Dinge zu verändern nicht im Stande sei“. Wenn nun aber das Leugnen dadurch motivirt ist, dass die That selbst geleugnet wird, oder der Angeklagte jede Antwort verweigert, wird dann das „Zeugniss der Objectivität“, das hier vom Angeklagten eben nur nicht entkräftet wurde, nicht ausreichen, sofern nur auch sonst nichts dasselbe abschwächt? — Sehr scharf lässt Wächter den Gegensatz zwischen der „rechtlichen Präsumtion“ und der „factischen Vermuthung“ hervortreten. Er leugnet, Sächs. Strafrecht S 337. 338, dass Art. 87 des sächs. StG von 1855 eine „rechtliche Präsumtion“ der Zurechnungsfähigkeit aufstelle, und setzt den dort gebrauchten Worten: „dafern nicht nachgewiesen werden kann“ u. s. w. die ausdrückliche Erklärung der Motive entgegen: „Die Zurechnungsfähigkeit ist die normale Eigenschaft des Menschen. Nur durch ausserordentliche, regelwidrige Umstände wird sie in ihm ausgeschlossen. Es streitet daher, wenn man es so nennen will, eine factische Vermuthung für das Dasein der Zurechnungsfähigkeit, die aber allerdings den Richter nicht überhebt, auf dieses Dasein seine besondere Aufmerksamkeit zu wenden und, wenn irgend Gründe sich ergeben, an ihm zu zweifeln, diese Zweifel weiter zu verfolgen und, wenn sie sich nicht heben lassen, also die Frage über die Zurechnungsfähigkeit überhaupt eine zweifelhafte bleibt, in diesem Zweifel gegen das Dasein

nicht als zutreffend erweist, d. h. nicht erst bei dem Beweis des Gegentheils, sondern sobald Grund vorhanden ist, anzunehmen, dass

---

dieser Fähigkeit, also gegen das Vorhandensein eines Verbrechens zu sprechen ... Man darf daher die Worte im Art. 87 ... keineswegs dahin verstehen, dass der Richter die Zurechnungsfähigkeit stets anzunehmen habe, sobald nicht ein vollständiger Nachweis eines die Zurechnungsfähigkeit ausschliessenden Momentes vorliege; er hat sie vielmehr auch dann nicht anzunehmen, wenn nach den vorliegenden Momenten es ihm zweifelhaft erscheint, ob der Angeschuldigte zurechnungsfähig war". Eben an diese Ausführung Wächters knüpft Röder an, indem er GS 1874 S 11 sagt: „Jede solche Rechtsvermuthung verrückt den Standpunkt des Richters, der alle Umstände für und wider gleich unbefangen erforschen muss, im Zweifel aber jedenfalls gegen die Zurechnung zur Schuld wird zu entscheiden haben. Der blosse Schein einer Rechtsvermuthung für dolus ist dann vorhanden, wenn eigentlich schon die näheren Umstände des Vorfalls, die man gleich miterfahren hat, den Beweis ergeben, durch den die Strafwürdigkeit überhaupt (die Zurechnung) bedingt ist, sowie auch den Beweis aller Voraussetzungen für das Urtheil, dass dolos gehandelt worden sei. Unstreitig richtig hingegen ist die Bemerkung, dass bei Erwachsenen allerdings Zurechnungsfähigkeit der gewöhnliche Fall, also insofern wahrscheinlich oder, wie das sächsische Strafgesetzbuch Art. 87 sagt, »vorauszusetzen« sei, aber freilich blos als eine facti praesumtio". Auch Osenbrüggen macht a. a. O. S 210, die Einseitigkeiten sowohl Kleinschrods als Ludens berichtigend, darauf aufmerksam, dass das Geständniss auch für den dolus die regina probationum sei, und dass, wenn dieses vorliege, die specielle Willensrichtung „nicht mehr Beweisthema" sei „in den Fällen, wo das Geständniss der That dieselbe mitumfasst, insbesondere bei den Verbrechen, bei welchen die rechtswidrige Absicht zu ihrem Begriff gehört" (etwas auffallend, da das Geständniss auf dem Continent ja nicht die Bedeutung der plea guilty hat). Sie ist nach ihm aber ebenfalls „nicht mehr Beweisthema, wenn sie ohne Geständniss des Angeschuldigten aus der anderweitigen bewiesenen Sachlage des Falles klar hervortritt; aber niemand rechnet es dem Untersuchungsrichter als eine überflüssige Weiterung an, wenn er den Beweis aus der Sachlage für die rechtswidrige Absicht schon in Händen habend, dennoch die betreffende eigene Erklärung des Angeschuldigten erstrebt. Noch weniger darf er auf der anderen Seite sich mit einem isolirten Geständniss der rechtswidrigen Absicht begnügen; denn hier hat diese Absicht noch nicht aufgehört, Beweisthema zu sein, sie ist noch nicht bewiesen, sondern der Beweis hat erst begonnen". Gerade dieser Anfang des Beweises, der jedoch sicher ausreicht, wenn nichts entgegenstehendes hervorkommt, ist aber dasjenige, was auch „aus der anderweitig bewiesenen Sachlage des Falles" hervorgehend, eine natürliche Vermuthung begründet. Auch Temme, welcher in seiner Ausgabe von Martins Strafprozess S 417 Anm 13 (vgl. Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts S 96) erklärt, es gebe „ebenso wenig für den dolus als für die Zurechnungsfähigheit rechtlich eine Vermuthung", fährt fort: „Durch ein besonderes Verfahren muss der Richter sie feststellen, sobald er nur irgend einen gegründeten Zweifel an ihrem Vorhandensein hat". „Dabei bleibt es praktisch gleichgiltig, ob man, was die Wissenschaft allerdings nur kann (sic!), von der Zurechnungsfähigkeit als dem normalen Zustande des Menschen und von der Zurechenbarkeit als der gewöhnlichen Eigenschaft des

eine Abweichung von dem regelmässigen und daher vermutheten Gang der Dinge vorliegen könnte.

Die Anwendung dieses Grundsatzes führt also dahin, dass da, wo dolus nicht oder nicht in dem zur Anwendung einer bestimmten Strafbestimmung erforderlichen Umfange vorhanden ist, wenn der Angeklagte das Vorhandensein von Thatumständen nicht kannte, die zum gesetzlichen Thatbestand gehören oder die Strafbarkeit erhöhen (soweit letztere auch vom Willen mit umfasst sein müssen), der Angeklagte von der Anklage oder doch von der schwereren Anklage freigesprochen werden muss, wenn der Richter nicht die Ueberzeugung gewinnt, dass jenes Wissen vorhanden war. Der Zweifel, natürlich der mit Ernst festgehaltene, nicht die aufgetauchte und sofort widerlegte oder als nicht beachtenswerth erkannte ratio dubitandi, macht also die Verurtheilung unmöglich. Wenn nun § 59 des StGB als Bedingung der Nichtzurechnung eines Thatumstandes hinstellt, dass ihn der Angeklagte „nicht kannte“, so ist allerdings die Deutung denkbar, als habe das Gesetz dem Richter verboten, freizusprechen, so lange er nicht die Gewissheit von dem hier zur Bedingung der Nichtzurechnung gemachten Thatumstande des „Nichtkennens“ erlangt habe. Weitere Bestätigung scheint diese Auffassung darin zu finden, dass an einzelnen Stellen das Gesetz das Thatbestandserforderniss

---

menschlichen Thuns ausgehen muss“. (Vergl. Temme, Lehrbuch des preussischen Strafrechts S 157.) — Die Motive zum deutschen Strafgesetz, auf welche mit Recht verwiesen wird, um den § 59 gegen jede Deutung im Sinne einer Präsumtion des Wissens der Thatumstände zu verwahren, sagen doch nur, dass „gegen den Angeklagten der Beweis zu erbringen sei, insofern nach Lage der Sache ein solcher Einwand“ der Unkenntniss „überhaupt noch in Frage kommen kann“. H. Meyer kommt Lehrbuch § 28 Nr 10 zu dem Resultat, dass schon erhebliche Zweifel an dieser Kenntniss zu einer Freisprechung genügen. Rüdorff (Strafgesetzb. 3. Aufl., bes. v. Stenglein S 221 ff., bei § 59 Bem 2) erklärt ebenfalls, es bedürfe nicht „stets der ausdrücklichen Feststellung dieses“ Bewusstseins. Das Vorhandensein dieses strafbaren „Bewusstseins erscheint vielmehr regelmässig als eine aus der Feststellung der übrigen Thatumstände . . sich ergebende selbstverständliche Folge, es sei denn, dass selbe ausdrücklich bestritten ist“ (allerdings lässt Rüdorff Zweifel darüber aufkommen, ob er nicht lediglich von der Auslegung des schon gefällten Urtheils spreche). — John sagt StPR §§ 28. 29 über den Beweis des dolus und der Zurechnungsfähigkeit: „Der Beweis . . . kann durch Rechtsvermuthungen nicht ersetzt werden. Es braucht derselbe aber nicht in allen Fällen geführt zu werden, sondern nur dann wird dies nothwendig sein, wenn ein gegründeter Zweifel darüber vorhanden ist, ob . . . In solchem Falle muss der Beweis dafür erbracht werden, dass die Erfordernisse des allgemeinen Thatbestandes vorhanden sind“. S. auch das. § 31 a. E.; zu vergl. ist jetzt desselben StPO S 492. 493.

des Wissens noch ausdrücklich hervorhebt[17], wie z. B. beim Meineid (§§ 153. 154. 156), bei der falschen Anschuldigung (§ 164: „wider besseres Wissen"), in § 171 („wissend, dass er verheirathet ist") u. s. w. Mitunter ist sogar das objective Thatbestandsmerkmal nur durch die Hervorhebung der Forderung des Wissens von demselben bezeichnet (wie in § 164); mitunter ist es deutlich erkennbar, dass die ausdrückliche Betonung des Wissens nicht unterbleiben konnte, wenn das Delict in seinem Unterschiede von verwandten strafbaren Handlungen gekennzeichnet werden sollte, wie bei der Verleumdung (§ 187 StPO). Gerade solche Erklärungen der Fassung einzelner Stellen geben aber deutlich zu erkennen, dass nicht anzunehmen ist, es liege der Hervorhebung des „Wissens" in solchen Fällen das Bedürfniss zu Grunde, eine Abweichung von einer anderweitigen, allgemeinen Regel über den Beweis des Vorsatzes und des den letzteren ausschliessenden Irrthums eintreten zu lassen; aus Bedürfnissen der Redaction erklärbar, sind sie vielmehr ausdrückliche Bestätigungen eines ihnen entsprechenden Grundsatzes. Das gleiche beweist auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes[18]. Es kann daher als die richtige und auch bei den Auslegern überwiegende Auffassung des Gesetzes erklärt werden, dass ein erheblicher Zweifel daran, dass der Angeklagte ein Thatbestandsmerkmal gekannt habe, das vom Vorsatz mit umfasst sein muss, die Zurechnung verhindert.

Ganz das gleiche gilt von allen Zuständen, welche, wenn sie wirklich vorhanden gewesen, es unmöglich machen mussten, dass der Angeklagte mit dem für die strafbare Handlung erforderlichen Vorsatz handle: Geisteskrankheit, Trunkenheit u. s. w. Dasselbe ist auch vom Nothstand zu sagen, sobald man in demselben einen Zustand sieht, in welchem es dem Angeklagten unmöglich war, sich frei zu bestimmen, und nicht blos einen solchen, welcher nicht gestattet, ihn dafür verantwortlich zu machen, dass er nicht sittliche Kraft genug besass, dem Impuls, der ihn zur strafbaren Handlung drängte, zu widerstehen[19]. Sobald es nicht unzweifelhaft ist, dass solche Zustände nicht vorhanden waren, ist es auch nicht un-

---

[17] Vgl. die Zusammenstellung bei Berner, Lehrbuch 11. Aufl. S 165 Anm. Olshausen § 59 Bem 14.

[18] S. namentlich die oben Anm 16 angeführten Mot zum Entw des Nordd. StG; freilich darf nicht verschwiegen werden, dass § 59 StGB aus § 44 preuss. StG entstand, bei dessen Abfassung ganz andere Ansichten über die Vertheilung der Beweislast maassgebend waren. Goltdammer, Materialien I 380. 381. 432.

[19] Vgl. über diese schwierige Frage Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht § 124. Glaser, Abhandlungen aus dem österr. StR S 109 ff.

zweifelhaft, dass der Angeklagte dolos handelte; so lange aber nichts auftaucht, was den Urtheiler nöthigt, ernstlich die Frage nach dem Vorhandensein solcher Zustände sich zu stellen, so lange ist es vermöge der Vermuthung, dass alles im natürlichen und gewöhnlichen Gange sich zugetragen, auch wirklich unzweifelhaft.

Die eben gemachte Unterscheidung zwischen Verhältnissen, welche verhindern, dass die zum Verbrechen erforderliche Willensrichtung entstehe, und anderen die Strafbarkeit ausschliessenden Gründen (z. B. Nichtanwendbarkeit des Strafgesetzes; auf andere Fälle soll hier nicht eingegangen werden, weil für die Discussion der neuesten Controversen über die Schuldlehre hier der Ort nicht ist) ist meines Erachtens für das deutsche Strafrecht durch die Bestimmungen des § 262 Abs. 2 u. 3 und des § 295 StPO gegenstandlos gemacht[20]. Denn es geht daraus die Absicht des Gesetzes hervor, der Schuldfrage eine möglichst einheitliche Lösung zu sichern und besonders alle Strafausschliessungsgründe prozessualisch gleichartig, im Gegensatz zu Strafaufhebungsgründen, zu gestalten. So wie danach die Stimme des Richters, der einen Strafausschliessungsgrund erwiesen findet, als Verneinung der Schuld zählt, so wird der einzelne Urtheiler nicht umhin können, die Schuldfrage so lange zu verneinen, als er das Nichtvorhandensein eines Strafausschliessungsgrundes ernstlich bezweifelt.

IV. Als Vermuthung im hier besprochenen Sinne wirkt im Strafprozess auch das Civilurtheil bezüglich der darin enthaltenen Feststellungen civilrechtlicher Verhältnisse. Als Beweismittel kann es nur da wirken, wo die blosse Thatsache seiner Existenz für den Strafrichter entscheidend ist (vergl. Mot zur deutschen StPO S 189). Wo dagegen der Strafrichter ungeachtet des Vorhandenseins eines Urtheils des Civilrichters sich selbst eine Meinung über die Richtigkeit der demselben zu Grunde liegenden Thatsachen zu bilden hat, kann ihm natürlich dieselbe nicht durch den blossen Umstand bewiesen werden, dass ein anderer sie, wenn auch auf Grund vorausgegangener regelrechter Procedur, für erwiesen erachtet hat. Wohl aber kann das Urtheil es rechtfertigen, dass bis auf weiteres von jeder Beweiserhebung Umgang genommen und sein Inhalt als wahr angenommen wird. Die

---

[20] Das österr. Gesetz (§ 319 StPO) gestattet dagegen aus Gründen prozessualer Taktik, im Interesse der Vertheidigung, dass eine besondere Frage auf Umstände und Zustände gerichtet werde, welche sonst durch die Bejahung der Schuldfrage verneint werden. Dass dabei nicht übersehen wurde, dass die Gleichstellung aller Strafausschliessungsgründe mit Strafaufhebungsgründen etwas willkürliches enthalte, ergiebt sich aus der Entstehungsgeschichte des Textes. S. Mayer, Handbuch I 852. 853.

Ermächtigung dazu ist vom Gesetz ausdrücklich, wenn auch nur indirect, ertheilt. Denn es ist nicht nur im § 399 Z. 4 deutsche StPO vorausgesetzt, dass ein Strafurtheil auf ein civilgerichtliches Urtheil „gegründet sein kann“, sondern die Bestimmung des Abs. 2 des § 261 StPO, welche den Strafrichter ermächtigt, die Untersuchung auszusetzen und das Urtheil des Civilgerichtes abzuwarten, kann ungeachtet der ausweichenden und nur äusserliches berücksichtigenden Begründung der Motive (S 189) nur so verstanden werden, dass dem abzuwartenden Urtheil ein Einfluss auf die Entscheidung ermöglicht werden soll, und daraus wird von Löwe mit vollem Recht gefolgert, dass das gleiche auch von einem nicht erst abzuwartenden, sondern schon vorhandenen Urtheil gelten müsse. Andererseits würde es weder mit Abs. 1 § 261 StPO noch mit dem Princip der freien Beweiswürdigung in Einklang stehen, wenn dem Urtheil des Civilrichters ein weiter gehender Einfluss eingeräumt würde. Dasselbe kann also „hinsichtlich des gedachten Rechtsverhältnisses die strafgerichtliche Beweisführung ersetzen“, wie mit Recht Löwe sagt; es kann aber nicht, wie dieser hinzufügt, „selbst als Beweismittel wirken, sofern es für den Strafrichter überzeugend ist“. So lange seine Wahrheit von keiner Seite bestritten und durch nichts in Frage gestellt ist, überhebt es weiterer Untersuchung; ist letztere einmal nothwendig geworden, so beruht das Strafurtheil auf ihren Ergebnissen, nicht aber auf dem Urtheil des Civilrichters[21].

V. Die praesumtio hominis, welche hierin anerkannt wird, beruht auf der Erwägung, dass als Regel anzunehmen ist, dass die civilgerichtlichen Institutionen ihrem Zwecke, Feststellung der wahren Rechtsverhältnisse, auch entsprechen. Auf einem ähnlichen Gedanken beruht aber überhaupt die vorläufige Annahme des regelrechten Vor-

---

[21] Die ö. StPO von 1873 enthält § 5 Abs. 2 nur den negativen Ausspruch, dass „der Strafrichter, soweit es sich um die Beurtheilung der Strafbarkeit des Beschuldigten handelt“, an das über eine privatrechtliche Vorfrage ergangene Erkenntniss des Civilrichters „nicht gebunden“ sei. Den gleichen Grundsatz hatte die StPO von 1853 aufgestellt, aber mit dem zu ihrer Beweistheorie wenig passenden Zusatz: „Ebenso wenig hat der Strafrichter Thatumstände, welche einem civilgerichtlichen Erkenntnisse zur Grundlage dienen, insoweit sie auf die strafgerichtliche Entscheidung von Einfluss sein können, für wahr zu halten, wenn aus der strafgerichtlichen Untersuchung das Gegentheil derselben hervortritt oder ihre Glaubwürdigkeit erschüttert wird“. Diese Anordnung ist in die StPO von 1873 nicht übergegangen, wohl aber hatte man bei der Abfassung des § 5 die Absicht: einerseits nicht auszuschliessen, dass „die Thatsache des Vorhandenseins eines solchen Erkenntnisses unter Umständen einen wesentlichen Einfluss auf die strafrichterliche Beurtheilung der übrigen Thatsachen üben kann“, andrerseits offenzuhalten, „dass der Strafrichter, wo nach Lage der Sache sich keine besonderen Bedenken gegen

ganges öffentlicher Behörden: legalia praesumuntur. Die damit anerkannte Vermuthung gilt nicht für das in Protokollen und anderen Aktenstücken ausdrücklich bezeugte; dieses ist vielmehr dadurch bewiesen (vgl. § 274 StPO, welcher sogar nur den „Nachweis der Fälschung“ zulässt), sondern für dasjenige, was herkömmlicher Weise, wenn alles seinen normalen Gang einhielt, nicht beurkundet zu werden brauchte. So z. B. wird ohne weiteres vermuthet, dass der Untersuchungsrichter sich von der Identität der von ihm vernommenen Personen überzeugt habe; das Schweigen des Protokolles hierüber begründet die Vermuthung, dass keine Bedenken erheblicher Art auftauchten [22].

VI. Auf blosser Vermuthung im bisher besprochenen Sinne einer „Interimswahrheit“ beruht es auch, dass zugestandene Thatsachen [23] als wahr angenommen werden. Allerdings hat der Wille der Parteien im Strafprozess keinen Einfluss auf das Beweisergebniss, keine den Richter bindende Kraft; und dies gilt nicht blos vom Angeklagten, sondern auch vom Ankläger. Die Aussagen, welche der Angeklagte zum eigenen Nachtheil ablegt, bilden als Geständniss eines der wichtigsten Beweismittel. Allein er kann in die Lage kommen, Zugeständisse (admissiones) zu machen, welche nicht den Charakter des Geständnisses an sich tragen, weil sie sich nicht auf Thatsachen beziehen, die der Angeklagte aus eigener Wahrnehmung kennt, oder weil sich wenigstens aus den darüber abgegebenen Erklärungen des Angeklagten dies nicht ergiebt. Es kann dies namentlich in Bezug auf secundäre Punkte (z. B. Anerkennung der Echtheit eines vorgebrachten Schriftstückes), wie sie insbesondere bei complicirten, eine grosse Anzahl von Thatsachen umfassenden Beweisführungen auftauchen können, ferner bei der Herstellung der factischen Grundlage für die Entscheidung prozessualer Fragen von Bedeutung sein. Die Thatsache nun, dass der Angeklagte ausdrücklich oder, trotz der

---

das vom Civilrichter festgestellte ergeben, sich durch dessen Urtheil überzeugt halten kann“ (Mayer I 355); besser wäre gewesen, zu sagen: sich der Nothwendigkeit besonderer Beweisaufnahme überhoben ansehen kann.

[22] Wo das Gesetz sich damit nicht begnügen will, wird eine ausdrückliche Anordnung nöthig, wie z. B. Art. 74 des franz. Code d'Instr. verlangt, dass das Protokoll die Vorweisung der an den Zeugen ergangenen Ladung erwähne. — Als Beispiel der Anerkennung des Satzes: legalia praesumuntur (vgl. darüber auch Küssner in GA 1854 S 45) kann das RGE v. 18. Febr. 1880 Rspr I 362 angeführt werden, wo es heisst: „Für ein legales Zustandekommen des Beschlusses spricht die Vermuthung“.

[23] Vgl. Tippelskirch, Kann der Staatsanwalt ein Zugeständniss abgeben? GA 1853 S 315 ff.



ihm gebotenen Gelegenheit zum Widerspruch, stillschweigend einen Thatumstand, dessen Annahme ihm nachtheilig ist, zugiebt, hat an und für sich keine Beweiskraft; allein in der Regel ist guter Grund vorhanden, anzunehmen, dass er ihn nur zugebe, weil er Gelegenheit hatte, sich von seiner Wahrheit zu überzeugen, und es wird, wenn der Gegenstand nur von secundärer Wichtigkeit ist, den Richter der Vorwurf der Leichtfertigkeit, jedenfalls aber der der Verletzung des Parteirechts des Angeklagten nicht treffen, wenn er, so lange nichts Bedenken erregt, die Thatsache ohne Beweiserhebung über dieselbe als wahr gelten lässt. Die ausdrückliche oder stillschweigende Zurücknahme des Zugeständnisses ändert sofort die Sachlage (obgleich auch dann das zurückgenommene Zugeständniss noch als Element eines Indicienbeweises in Betracht kommen kann); ebenso das Auftauchen sachlicher Bedenken. Insbesondere wenn sich zeigt, dass ein Motiv vorhanden war, das den Angeklagten bestimmen konnte, auch unwahres zuzugeben, verliert das Zugeständniss jede Bedeutung (z. B. wenn er selbst darüber im Irrthum sein konnte, wenn er fürchten konnte, durch Bestreitung der Thatsache einen einflussreichen Zeugen zu erbittern u. dgl., oder wenn das Zugeständniss ein Element eines als falsch erkannten Vertheidigungssystemes bildet).

Nicht ganz auf gleiche Weise ist das Zugeständniss des Anklägers zu behandeln. Vom öffentlichen Ankläger muss angenommen werden, dass er keine persönliche Kenntniss von dem Gegenstande der Anklage hat und dass er die Akten, aus denen er seine Kenntniss geschöpft hat, rückhaltlos dem Gerichte mittheilt. Seine Zugeständnisse werden also hier selbst jene indirecte Bedeutung nicht haben, welche denen des Angeklagten beizumessen ist. Es kann sich namentlich sehr wohl herausstellen, dass der Ankläger den Angaben des Angeklagten oder der Entlastungszeugen in irgend einem Punkte mit Unrecht Glauben geschenkt hat; es kann auf diese Weise eine thatsächliche Angabe, welche dem Angeklagten günstig ist, in die Anklageschrift oder in die mündlichen Ausführungen des Staatsanwalts Eingang gefunden haben, ohne dass es dem Angeklagten gestattet wäre, dieses Zugeständniss als für sich allein ausreichende Grundlage einer thatsächlichen Feststellung geltend zu machen; nichts kann leichter vorkommen, als dass die Beweisergebnisse sich so ändern, dass der Staatsanwalt die Wahrheit von Thatsachen bestreiten muss, die er früher zugegeben hatte. Selbst wirkliche Widersprüche in nebeneinander aufrechtgehaltenen Behauptungen des Staatsanwalts geben dem Angeklagten kein Recht darauf, dass das Gericht die ihm günstigere von beiden als festgestellt annehme. — Anders stellt sichs bei prozessualen

Zwischenfragen; hier ist es sehr wohl denkbar, dass der Staatsanwalt Informationen eingeholt hat, welche ihn zu Zugeständnissen bestimmen, und hier gilt also dasselbe wie bei gleichartigen Zugeständnissen des Angeklagten.

Wo ein Privatankläger auftritt, und namentlich wo sich, wie beim Beweis der Wahrheit von beleidigenden Aeusserungen, die Parteien unter Verhältnissen gegenüberstehen, unter welchen bei ihnen genaue Kenntniss der Thatsachen vorauszusetzen ist, wird das Gericht den beiderseitigen Zugeständnissen einen weitergehenden Einfluss gestatten, d. h. leichter sich auf dieselben verlassen können; bindende Kraft haben sie auch hier nicht.

VII. So wie in den bisher erwähnten Fällen die Beweisführung so lange entbehrlich ist, als kein Zweifel auftaucht, so giebt es umgekehrt Fälle, wo sie vor einem auftauchenden Zweifel stehen bleibt, wo darauf verzichtet werden kann, durch sie die Lösung des Zweifels herbeizuführen. Ein Beweis wird nämlich entbehrlich, insoweit es sich darum handeln würde, Gewissheit darüber herzustellen, welche von zwei Thatsachen, die zu einander in dem Verhältniss stehen, dass eine von beiden wahr sein muss, sich verwirklicht habe, sofern schon eine von beiden genügt, das ergehende Urtheil zu begründen. Letzteres wird der Fall sein, wenn beide denkbare Alternativen juristisch gleichbedeutend sind, oder wenn von derjenigen Alternative, welche dem Angeklagten ungünstiger ist, abgesehen wird. Dies hervorzuheben ist nicht überflüssig, weil immerhin auch die Behauptung vorkommen kann, es müsse in solchem Falle auf die Verurtheilung überhaupt verzichtet werden, da sie auf einen unsicheren Sachverhalt nicht gegründet werden dürfe. Dies ist aber nur soweit richtig, als die Unsicherheit über einen Punkt Unsicherheit über einen wesentlichen Theil des Beweisthemas verbreiten kann, wie z. B. wenn durch die Unsicherheit des an sich gleichgiltigen Tages der That die Prüfung eines Alibi-Beweises unmöglich wird. Allein wenn dies nicht der Fall ist, wenn die Beweisführung das Resultat geliefert hat, dass jede der überhaupt möglichen Eventualitäten genügt, das ergangene Urtheil darauf zu stützen, so ist dieses hinlänglich begründet. Der Fall tritt z. B. ein, wenn zwischen zwei möglichen Arten vorsätzlicher Tödtung (etwa Erwürgen und Ertränken) oder zwischen zwei bezüglich der Strafe gleich gestellten Formen desselben Delictes (z. B. der Diebstahl muss entweder durch Einsteigen oder durch Anwendung von Nachschlüsseln begangen sein — StGB § 241 Z. 2 u. 3; die Urkunde ist entweder gefälscht oder fälschlich angefertigt — RGE v. 1. Febr. 1882 Rspr IV 107) zu wählen ist und das Beweismaterial

nicht ausreicht, die Entscheidung zu ermöglichen, oder wenn eine Verurtheilung wegen des umfassenderen Delictes unterbleibt und nur wegen eines von jenem umfassten erfolgt, weil der Zweifel über die nicht beiden gemeinsamen Merkmale nicht gehoben ist[24].

§ 3. Verschiedenheit der Beweisgegenstände.

I. Gegenstand des Beweises sind die Thatsachen, welche festgestellt sein müssen, damit der Urtheiler die Voraussetzungen als eingetreten ansehen könne, von welchen nach dem Gesetz ein bestimmter Ausspruch des Richters abhängt. Hierauf beruht ihre rechtliche Erheblichkeit und von dieser hängt es ab, ob eine Beweisführung zulässig ist; der Beweis einer Thatsache, welche für die Entscheidung des Strafrichters ohne Erheblichkeit (irrelevant) ist, deren Wahrheit oder Unwahrheit für die ergehende Entscheidung gleichgiltig ist, ist unzulässig. Es kann aber die zu beweisende Thatsache entweder unmittelbar oder auch nur mittelbar relevant sein, und insofern ist der Beweisführung allerdings ein weiterer Spielraum zu lassen, als er im englischen Recht für zulässig erachtet wird[25]; es sollte

[24] Die Frage wird gewöhnlich nur unter den Gesichtspunkt der Abstimmung und Fragestellung gebracht. Glaser, Schwurgerichtliche Erörterungen S 127 ff. und in HRLex I 889 Art. „Fragestellung" IV 1.

[25] Die sorgfältige Prüfung der Erheblichkeit des dargebotenen Beweismaterials ist die am meisten bezeichnende Eigenthümlichkeit des englischen Beweisrechtes, und ihr ist es hauptsächlich zu danken, dass die Beweisführung und die ganze Hauptverhandlung einen nüchternen, ruhigen Charakter beibehält, der ihr auf dem Continent nur allzu oft fehlt. Sie bietet zugleich dem Gerichtshofe das sicherste Mittel, der Jury gegenüber seine Autorität hinsichtlich der Rechtsfragen — ungeachtet der Untheilbarkeit des Verdicts — zu wahren. (Ein englischer Richter würde z. B. wenn für eine Anklage wegen Mordversuchs Beweis des neuestens wieder öfter besprochenen Todtbetens angeboten würde, diesen Beweis nicht zulassen. Glaser, Anklage, Wahrspruch und Rechtsmittel im engl. Schwurgerichtsverfahren S 316 ff. 325 ff.) Sie dient nebenbei auch dazu, andere prozessuale Zwecke zu wahren, welche wohl auch auf andere Weise erreicht werden können: die Sicherung der Identität von Anklage und Urtheil und der gründlichen Vorbereitung der Vertheidigung. Vgl. Taylor §§ 172. 173. 306 sq. Greenleaf I §§ 51 sq. Best §§ 111. 251—255. Roscoe p 86—98. Archbold p 191 sq. Wharton, Criminal law of America. 2. ed. b. II ch. 1 p 216 sq. und ch. 2 Nr 1 p 238—241. Glaser in HH I 57. Lammasch in den Jur. Blättern 1879 S 67. J. Fitzjames Stephen definirt die Materie in seinem Digest of the law of evidence p 4—6 art. 2 sq. folgendermaassen: „Bewiesen werden darf jede zwischen den Parteien streitige Thatsache (fact in issue) und jede Thatsache, welche für eine solche streitige Thatsache erheblich ist, soweit nicht in speciellen Fällen ausdrücklich Thatsachen als solche erklärt sind, die für erheblich oder unerheblich anzusehen sind. Dem Richter bleibt vorbehalten, den Beweis von Thatsachen auszuschliessen, welche obgleich erheblich oder für erheblich zu achten, doch zu entlegen sind, um für den

aber andererseits auch nicht das französische Vorbild ferner nachgeahmt werden, welches allmählich auch anderwärts verleitete, von der Frage der Relevanz ganz abzusehen. Es darf für das Stadium der eigentlichen Beweisführung (für das Beweisverfahren in der Hauptverhandlung) nicht das gelten, was für das der blossen Nachforschung gewidmete Stadium des Vorverfahrens bis zu einem gewissen Grade richtig ist. Wenn in diesem der gewissenhafte Richter sich zu mancher Beweiserhebung wegen einer etwa möglichen, wenn auch in keiner Weise präcisirbaren Beziehung zur Sache, besonders auf Wunsch des Beschuldigten, bestimmen lässt, so kann daraus in der Regel nur ein Vortheil, zum mindesten die Beruhigung, dass nichts irgend erhebliches übersehen wurde, erwachsen; auch da aber hat sich der Richter davor zu hüten, durch Nachforschung nach unerheblichem von der richtigen Spur abgelenkt zu werden und den rechten Augenblick, das wirklich entscheidende festzustellen, zu versäumen. In der Hauptverhandlung aber fordert es die Natur und der Zweck dieses Abschnittes des Verfahrens, erfordert es die Mündlichkeit, welche allen Werth verliert und zu einer ernsten Gefahr wird, wenn nicht für Klarheit und Uebersichtlichkeit gesorgt ist, dass als Grundregel des Beweisverfahrens die Forderung festgehalten werde: es müsse die Beziehung jeder Beweiserhebung auf eine für diese Strafsache relevante Thatsache klar, es müsse zum mindesten nicht unwahrscheinlich sein, dass eine solche bestehe. Die Zulassung von Beweisen über Thatsachen, bei welchen dies nicht zutrifft, wie z. B. leeres Gerede, Klatscherei, mit dem Verhandlungsgegenstande auch nicht indirect zusammenhängende Vorfälle aus dem Leben des Beschuldigten oder Beschädigten, deren Vorbringung nur den Zweck haben kann, Vorurtheile und Leidenschaften zu erregen, an Gefühle zu appelliren, die für die Entscheidung nicht maassgebend sein dürfen, würde — zumal im Verfahren vor Geschworenen und Schöffen — zu einer wahren Gefährdung

---

Fall Werth zu haben (to be material under all the circumstances of the case)". „Thatsachen, welche mit den eigentlichen Beweisgegenständen in solchem Zusammenhange stehen, dass sie einen Theil desselben Vorfalles oder Gegenstandes bilden, werden als erheblich für die Thatsache erachtet, mit welcher sie in dieser Weise zusammenhängen". Stephen constatirt ferner, dass beim Vorhandensein eines Complottes auf Grund desselben vorgenommene Thätigkeiten aller Genossen gegen alle relevant sind, dass dagegen Angaben (statements) über solche Thätigkeiten nur gegen diejenigen Verschworenen vorgebracht werden können, welche sie selbst machten oder anwesend waren, als sie gemacht wurden. „Beweise über solche Thatsachen oder Angaben dürfen nicht früher vorgebracht werden, als bis der Richter überzeugt ist, dass auch abgesehen von ihnen Gründe vorhanden sind, um prima facie an das Vorhandensein des Complottes zu glauben".

der Gerechtigkeit. Es ist allerdings nicht leicht, die Grenze zu bezeichnen, wo die mittelbare Relevanz aufhört[26]; es können unzweifel-

[26] Ich bin daher auch weit davon entfernt, mehr als die Grundtendenz des englischen Rechtes zu billigen. Die Anwendung des Grundsatzes ist dort oft unrichtig und noch häufiger schwankend. So führt z. B. Stephen als Beispiel zur Erläuterung der von ihm aufgestellten, in der Anm 25 erwähnten Regeln an: Wenn A angeklagt ist, B getödtet zu haben, ist die von C auf seinem Sterbebette abgegebene Erklärung, dass er und nicht A den B getödtet habe, nicht für erheblich zu erachten. (Stephen hat sich hier übrigens in der Wahl des Beispiels vergriffen; die Thatsache, dass C die That verübte, deren A angeklagt ist, ist sicher für diese Anklage erheblich; und der beste Beweis dafür ist, dass die mündliche Aussage C's gewiss nicht zurückgewiesen werden könnte; allein das englische Recht würde den Beweis seiner aussergerichtlichen Aussage als Beweis von Hörensagen ausschliessen.) Ein zweites Beispiel bezieht sich auf den Fall des Complottes. Der Brief eines Complottanten, worin er einem Freunde Mittheilungen über die bezüglichen Vorgänge macht, ohne dabei die Absicht zu haben, die Zwecke des Complottes zu fördern, kann nur gegen ihn selbst, nicht gegen die andern Complottanten gebraucht werden. (Auch dies ist nicht eine Frage der Erheblichkeit, sondern eine überdies inconsequent entschiedene Frage der Beweiskraft einer aussergerichtlichen Aeusserung eines Mitschuldigen.) — Uebertrieben und inconsequent scheint mir der Vorgang des englischen Rechtes in Bezug auf den Beweis solcher Thatsachen, welche zu beurtheilen gestatten, ob man sich zu dem Angeklagten einer That solcher Art, wie sie den Gegenstand der Anklage bildet, versehen könne. Gewiss ist das Vorhandensein solcher Thatsachen nicht entfernt ein für sich allein ausreichender Beweis; aber zur Unterstützung anderer Beweise zu dienen ist es vollkommen geeignet. Ist es ja doch selbst unvermeidlich, solchen Beweis in Bezug auf Zeugen zuzulassen, um zu beurtheilen, ob ihre Aussagen glaubwürdig sind; das englische Recht lässt z. B. Aussagen zu, welche die Keuschheit der angeblich genothzüchtigten in Frage stellen (Taylor § 336); es gestattet ferner dem Angeklagten, seinen guten Leumund zu beweisen (allerdings mit der Rechtfertigung, daraus, dass jemand überhaupt rechtlich lebe, folge, dass er auch dieses Verbrechen nicht begangen, daraus aber, dass er überhaupt unerlaubte Handlungen begehe, noch nicht, dass er diese bestimmte begangen habe), und lässt in diesem Falle einen durch positives Recht willkürlich beschränkten Gegenbeweis zu. Best §§ 259 sq. Greenleaf I §§ 53—55. Taylor § 325 sq. Stephen, Digest of the law of ev. art. 55 sq. p 62. 63. 163. Roscoe p 95. Archbold p 193. Wharton l. c. Nr 8. 9 p 232 sq. Ueberdies hat sich auch die Gesetzgebung genöthigt gesehen, die Regel zu durchbrechen; so wird nach st. 34 und 35 Vict. c. 112 s. 19 der Beweis, dass der der Hehlerei angeklagte und im Besitz der gestohlenen Sachen gefundene innerhalb der letzten 5 Jahre wegen einer Unredlichkeit bekundenden strafbaren Handlung (offence involving fraud or dishonesty) verurtheilt wurde, als Beweis des dolus zugelassen. — Noch verwickelter ist der Stand der Dinge in Bezug auf ähnliche Handlungen, wie diejenigen, welche den Gegenstand der Anklage bilden. Auch solche werden jetzt in weitem Umfange für erheblich erachtet. So gestattet das eben angeführte Gesetz den Beweis, dass noch andere, innerhalb der letzten zwölf Monate gestohlene Gegenstände beim Angeklagten gefunden wurden. Aber auch abgesehen davon dürfen vielfach ähnliche Handlungen

haft Vorfälle, welche mit dem Gegenstand der Anklage nicht unmittelbar zusammenhängen, geeignet sein, über die grössere oder geringere

---

des Angeklagten, ja selbst Aeusserungen und Drohungen desselben, die er bei anderen Gelegenheiten vorgebracht, bewiesen werden. Vgl. Taylor § 323. Stephen, Digest art. 11 p 16, 147 und 148. Letzterer generalisirt die in einzelnen Fällen ergangenen Entscheidungen so: „Frägt es sich, ob eine bestimmte Person etwas gesagt oder gethan hat, so darf bewiesen werden, dass dieselbe bei einer anderen Gelegenheit etwas ähnliches gesagt oder gethan hat, sofern dadurch die für den vorliegenden Fall erhebliche Kenntniss, Gesinnung, Absicht u. s. w. des Angeklagten bewiesen werden soll; es darf aber nicht bewiesen werden, um darzuthun, dass es wahrscheinlich sei, dass derjenige, der so sprach oder handelte, im vorliegenden Falle auf ähnliche Weise gehandelt habe". Mit Recht bezeichnet Stephen dies als eine Ausnahme von der Regel, der auch er a. a. O. eine grosse Wichtigkeit beilegt und die er als eine der vier grossen Regeln über die Ausschliessung von Beweisen (exclusive rules of evidence) bezeichnet. Diese sei eine der hervorragendsten Eigenthümlichkeiten des englischen Beweisrechts; dieser Grundsatz allein bewahre den Angeklagten vor der Alternative, sein ganzes Leben zu rechtfertigen, um sich gegen eine bestimmte Anklage zu verantworten, oder Beschuldigungen über sich ergehen zu lassen, die in vielen Fällen sich als für ihn verderblich erweisen würden. — Allein in einem anderen seiner Werke (A general view of the criminal law of England ch. VII p 308 sq.) führt er Beispiele von Fällen an, in welchen ähnliche Verbrechen des Angeklagten bei einer Anklage wegen eines anderen bewiesen werden durften, erkennt die Inconsequenzen der englischen Praxis an und betont das missliche, das darin liegt, dass der Richter in der Regel die anderen gegen den Angeklagten gleichzeitig erhobenen Anklagen kennt, dass sie nicht verfehlen könnten, auf ihn Eindruck zu machen, wenn sie auch der Jury vorenthalten werden, und dass doch dem Angeklagten keine Gelegenheit gegeben ist, sich darüber auszusprechen. — Niemand wird leugnen wollen, dass in den von Stephen, General view p 308 angeführten Fällen (A hat B auf Anstiftung des C getödtet, und nun ist C angeklagt, A aus der Welt geschafft zu haben, um seine Schuld zu verbergen; — eine Frau ist angeklagt, ihren Gatten vergiftet zu haben, und es liegen Anklagen gegen sie vor, ihre Söhne, welche unter den gleichen Erscheinungen starben, ebenfalls vergiftet zu haben; — ich füge ein anderswo angeführtes Beispiel hinzu: eine Anklage gegen einen Handlungsdiener wegen Untreue stützt sich auf eine falsche Eintragung ins Buch, und andere falsche Eintragungen sollen beweisen, dass jene nicht auf Irrthum beruhte) ein wichtiges und wirklich auf das Beweisthema sich beziehendes Beweismaterial ausgeschlossen werden würde, wenn nicht selbst das englische Recht es zuliesse. Das schlagendste Beispiel bietet aber der bekannte Prozess Tourville, in welchem der Anschuldigungsbeweis sehr mächtig und in einer für jeden Denkenden wirklich überzeugenden Weise durch eine Reihe von Thatumständen verstärkt wurde, die darauf hinwiesen, dass der Angeklagte planmässig die Eingehung von Familienverbindungen zu seiner Bereicherung durch Mord betrieben habe, und dass schon früher seine Schwiegermutter unter Umständen starb, welche gegen ihn den ernsten Verdacht erregten, dass er sie getödtet, aber zugleich es darauf angelegt habe, den Schein zu erregen, dass sie einen Selbstmord begangen habe, genau so wie, der Anklage zufolge, er es auch später seiner Gattin gethan hatte. — Im deutschen Strafprozess ward auf die Erforschung des Leumundes des

Neigung des Angeklagten zu Thaten bestimmter Art, über die Motive, die seinen Handlungen oder den gegen ihn erhobenen Beschuldigungen zu Grunde liegen, über die Glaubwürdigkeit seiner eigenen Angaben und der Aussagen von Zeugen u. s. w. Licht zu verbreiten; und wenn dies der Fall ist, wäre die Ausschliessung derselben, zumal wenn es sich um Beweisanträge der Vertheidigung handelt, nicht zu rechtfertigen. Aber es darf darum nicht darauf verzichtet werden, dass eine vorläufige Prüfung darüber angestellt werde, ob eine angebotene Beweisführung erheblich in diesem Sinne sei, und sie sollte, wo dies nicht der Fall ist, beharrlich zurückgewiesen werden.

Allerdings scheint das bestehende Recht dem Gericht diese Befugniss abzusprechen. Selbst die österr. StPO, welche dem Gericht die Prüfung der Zulässigkeit aller Beweisanträge ermöglicht, enthält doch im § 246 in Verbindung mit § 241 die Anerkennung der Pflicht des Gerichtes, die vorgeladenen und erschienenen Zeugen und Sachverständigen sämmtlich zu vernehmen, soweit das Beweismittel nicht vom Producenten mit Zustimmung des Gegners fallen gelassen wird. Der § 244 der deutschen StPO ist aber bekanntlich das Ergebniss einer Umkehr des in der Regierungsvorlage aufgestellten Grundsatzes, wonach das Gericht den Umfang der Beweisaufnahme zu bestimmen haben sollte. Die Geltung dieses Grundsatzes ist auf die schöffengerichtlichen Verhandlungen und auf Verhandlungen über Berufungen gegen einen Theil der von Schöffengerichten gefällten Urtheile beschränkt (Abs. 2 § 244), für alle anderen Fälle der entgegengesetzte Grundsatz ausgesprochen worden. Auch ist nicht in Abrede zu stellen, dass bei den wiederholten Erörterungen vergebens darauf aufmerksam gemacht wurde, dass die vorgeschlagene (und nunmehr ins Gesetz aufgenommene) Fassung auch die Prüfung der Erheblichkeit ausschliesse, und dass selbst ein Antrag (Bähr) abgelehnt wurde, welcher den im ersten Satz des § 244 StPO aufgestellten Grundsatz auf solche

---

Angeschuldigten stets das grösste Gewicht gelegt (siehe namentlich Mittermaier, Strafverfahren § 131, II 119 ff. Jagemann, Untersuchungskunde I §§ 615 ff. Zachariä, Handbuch § 123 II. Geyer, Lehrbuch § 144 III. Schwarze Bem 10 und 11 zu § 136) und theilweise selbst die Zulassung der Ueberführung durch Indicien davon abhängig gemacht. In neuester Zeit wird nun mit Recht grössere Achtsamkeit bei der Beweisaufnahme empfohlen und vor rückhaltloser Benutzung unbestimmt gehaltener und unverlässlicher Zeugnisse gewarnt; siehe namentlich § 255 Abs. 1 StPO und die Commentare hiezu, Geyer a. a. O., Zachariä a. a. O. — Uebersehen darf hier nicht werden, dass die Heranziehung des ganzen Lebens des Angeklagten und ganz besonders die Erwähnung verdächtiger Vorfälle aus seinem Leben ihm das Recht giebt, die Zulassung eingehender Aufklärungen zu fordern; siehe namentlich GA 1857 S 74.

Zeugen u. s. w. beschränken wollte, „welche über erhebliche Thatsachen in Vorschlag gebracht sind". Dennoch zeigt die Durchsicht der gesammten Verhandlungen auch hier wieder, wie vorsichtig das in den Berathungen zu findende Auslegungsmaterial gehandhabt werden müsse, wie sehr die Meinungen bezüglich der hier erörterten Frage auseinandergingen, ohne auch in dieser Beziehung sich auseinanderzusetzen, so dass bei dem gefassten Beschluss nicht so sehr die Unerheblichkeit des Beweisgegenstandes, als die des Beweismittels ins Auge gefasst war[27]. Darüber, dass kein Beweismittel

[27] Vgl. Mot S 138. Prot S 371 ff. 950—952. Bericht d. C. S 64. 65. Wiederholte Berathung der Commission Hahn S 1633 f. 2. Berathung im Plenum Sten. Ber S 506. 507, Hahn S 1878—1880. Ohne in alle Einzelheiten einzugehen, muss man hervorheben, dass vielfach Argumente gebraucht wurden, welche darauf abzielen, die bekämpften Anträge ad absurdum zu führen oder umgekehrt daraus für die Annahme eines im Augenblick im Auge gehaltenen Antrages taktische Vortheile zu ziehen (siehe z. B. den wiederholt und theilweise erfolgreich gemachten Versuch, die Befugniss des Gerichtes bezüglich der Beweisaufnahme mit der Berufungsfrage in Verbindung zu bringen). Dass man überwiegend die Unerheblichkeit der Beweismittel auf beiden Seiten vor Augen hatte, also die Frage, ob Zeugen in unmässig grosser Zahl, ob sie über Gegenstände vernommen werden müssen, bezüglich welcher das Gericht bereits eine bestimmte Ueberzeugung gewonnen hat, sei es eine positive oder eine negative, ist ganz unverkennbar. Die Motive sprachen nur von der Nichtvernehmung solcher Personen, von deren „Aussage nach dem Ergebniss der Hauptverhandlung ein näherer Aufschluss sich nicht erwarten lässt". Entschiedene Gegner des in der Regierungsvorlage ausgesprochenen Grundsatzes (Struckmann, Reichensperger, Bähr) wollten ausdrückliche Bestimmungen, welche dem Gericht die Prüfung der Erheblichkeit oder doch die Ausschliessung des „völlig unerheblichen" wahren; und diese Anträge wurden fast durchaus mit Gründen bekämpft, welche nur eine Bedeutung haben, soweit es sich um die Frage handelt, ob voraussichtlich die Aussage geeignet sein werde, auf die Ueberzeugung der Urtheiler Einfluss zu üben, weshalb namentlich die Unvereinbarkeit des Antrages mit dem Geschworenengericht betont wurde. Gegenüber dem im Text erwähnten Antrage Bährs (dieser wurde bei der zweiten Lesung gestellt, in der ersten hatte auch Bähr noch von einer „erheblichen Thatsache", welche das Gericht nicht schon „ohnehin für erwiesen erachtet", gesprochen) bemerkte Hanauer, seinen auf das gleiche abzielenden Ausführungen habe man bei der ersten Lesung entgegnet, der Richter könne nicht im voraus wissen, was erheblich sei, worauf einerseits Lasker erklärte, „dass die Zeugen jedenfalls über zur Sache gehöriges vorgeschlagen sein müssten", und Völk dagegen: „Kein Richter habe ein sicheres Urtheil darüber, ob eine erhebliche Thatsache vorliege oder nicht, bevor der Beweis erhoben ist". Der Commissionsbericht begründet die abweichende Bestimmung nur damit, dass „bei dem Grundsatze der freien Beweiswürdigung" „sich im voraus nur selten mit voller Gewissheit behaupten lässt, dass ein Zeuge . . . nichts für die Sache erhebliches aussagen oder nicht im Stande sein werde, die Beweiskraft der auf denselben Gegenstand bezüglichen Aussagen der bereits abgehörten Zeugen abzuschwächen". „Die Regierungscommissare machten endlich auch geltend, dass nach den

sofort zurückgewiesen werden dürfe, hat sich das Gesetz kategorisch ausgesprochen; keineswegs aber steht fest, dass auch jede Verwerthung des Beweismittels eintreten müsse, über deren Nichtzulassung nicht das Gericht und alle Betheiligten übereinstimmen. Vielmehr bestimmt § 241 StPO, dass über „die Zulässigkeit einer Frage", wenn darüber ein Zweifel auftauche, das Gericht zu entscheiden habe, und nach § 240 Abs. 2 sind nicht „zur Sache gehörige Fragen" zurückzuweisen, also unzulässig [28]. In diesem Sinne scheint auch das Reichsgericht

---

Anschauungen der Commission nicht einmal die Thatsachen, über welche die Zeugen vernommen werden sollen, erheblich sein müssten". „Die Commission vermochte jedoch in diesen Bemerkungen nicht eine Widerlegung der obigen Argumente zu finden" (d. h. doch wohl, sie sah darin einen factisch nicht zutreffenden Vorwurf). — Noch nach Erstattung dieses Berichtes constatirte ein Regierungscommissar (siehe Hahn S 1634): „Selbst ein Theil derjenigen, die für den Paragraphen gestimmt hätten, hätte die Meinung vertreten, dass wenn die Aussagen des Zeugen voraussichtlich ganz unerheblich sein werden, das Gericht die Befugniss haben müsse, den Zeugen zurückzuweisen". Allerdings ist auch hier die Aussage als „unerheblich" bezeichnet, welche an der Ueberzeugung von der Wahrheit eines erheblichen Beweisgegenstandes nichts ändern wird. Und ganz in dem gleichen Sinne spricht derselbe Regierungsvertreter (Hanauer) bei der zweiten Berathung im Plenum (Sitz.-Prot S 506, Hahn S 1878) von solchen Beweismitteln, die als „völlig unerheblich erachtet werden können, weil das Gericht, das ja in der Beweiswürdigung souverän ist, . . . zu der Ueberzeugung gelangt sein kann, dass es unter allen Umständen bezüglich des einen oder anderen Punktes nicht mehr auf Zeugenaussagen . . . anzukommen habe". Auch die Rede des Berichterstatters v. Schwarze (Sten. Ber S 507, bei Hahn S 1879. 1880) versteht unter unerheblichen Beweismitteln durchaus nur solche, von denen vermuthet wird, dass sie auf die Annahme einer bestimmten Thatsache nicht einwirken. „Es kann niemand im voraus behaupten, dass ein Zeuge, der noch nicht abgehört ist, nicht etwas erhebliches sagen könne, sei es pro oder contra". Wohl aber giebt es Thatsachen, bezüglich welcher sich mit aller Bestimmtheit sagen lässt, dass sie — gleichviel ob sie vom Zeugen bestätigt werden oder nicht — auf die Wahrheit oder Unwahrheit der erhobenen Anklage in keiner Weise schliessen lassen. — Auch das deutet darauf hin, dass diejenigen, welche bei diesen Verhandlungen am meisten Besorgniss vor dem Missbrauch an den Tag legten, der durch Ausschliessung angeblich unerheblicher Beweise begangen werden könnte, offenbar hauptsächlich das Interesse des Angeklagten vor Augen hatten, das gerade am entschiedensten die Ausschliessung wirklich unerheblichen Beweismaterials fordert. „Unsere Beweisregeln", so schliesst Stephens die im Anhang seines General view of the crim. law of England enthaltene vergleichende Darstellung englischer und französischer Beweisführungen, „mögen manchmal die Wahrheit nicht einlassen, aber sie sperren auch Oceanen von boshaftem Geträtsch, gegen welches keine Unschuld zu schützen vermag, den Zugang und stellen einen so hohen Beweismaassstab auf, dass derselbe für sich allein schon gegen Meineid und verbrecherische Verabredungen Schutz gewährt".

[28] Die Berathungen über diesen Gegenstand und die Auslegung der bezüglichen Bestimmungen der StPO beweisen neuerdings, dass man als „unerheblich" nicht das

zwischen „unerheblichem" und „nicht zur Sache gehörigem" zu unterscheiden und dem Gerichte das Recht zu wahren, letzteres unbedingt abzuschneiden, während es ersteres nur dann abweisen kann, wenn die im § 244 Abs. 1 gemachten Voraussetzungen nicht eintreffen [29].

---

ansah, was den Verhandlungsgegenstand nicht berühre, sondern was zur Entscheidung der Beweisfrage voraussichtlich nichts erhebliches beitragen werde. Schwarze, der entschiedenste Befürworter völlig freier Entscheidung der Parteien über den Umfang der Beweisaufnahme, hatte gegen die Fassung, die auch jetzt § 240 Abs. 2 zeigt, nichts einzuwenden; allein er beantragte den Zusatz: „wegen Unerheblichkeit dürfen Fragen nicht zurückgewiesen werden"; ob eine Frage erheblich oder unerheblich sei, könnten nur die Geschworenen bezw. Schöffen entscheiden. Der Antrag wurde zurückgezogen, weil die Regierung änigmatisch erklärte, schon der vorgeschlagene Text decke „alles in der fraglichen Hinsicht erforderliche" (Prot S 362). In seinem Commentar sagt nun Schwarze, die Bestimmung schliesse „die Befugniss aus, Fragen zurückzuweisen, weil sie unerheblich seien". Das „nicht zur Sache gehörige" ist hier also dem „unerheblichen" gegenüber gestellt. Keller sowie Bomhard und Koller erklären die „unerheblichen Fragen" (im Gegensatze zu Puchelt) für zulässig, ersterer auch diejenigen, welche „durch bisherige Fragen schon erledigt" sind (Löwe scheint diese für „ungeeignet" anzusehen, wenigstens so weit es sich um die „unmotivirte Wiederholung derselben Frage handelt"). Allerdings vermag ich denjenigen nicht beizustimmen, welche behaupten, ob eine Frage „nicht zur Sache gehörig" sei, darüber entscheide das Gericht nach „freiem Ermessen" (Löwe, Bomhard und Koller). Eine Ueberprüfung dieser Entscheidung ist sehr wohl möglich und nothwendig; hätte man in Preussen früher nicht sich von derselben abhalten lassen, so würde § 244 StPO wohl anders lauten. Bei der Berathung, aus welcher § 244 StPO hervorging, spielt übrigens die Berufung auf das bayerische Recht eine grosse Rolle; dieses entspricht aber vollständig dem französischen Recht; und es lässt sich nicht verkennen, dass letzteres eine weitgehende Freiheit in dieser Hinsicht gewährt, gerechterweise auch dem Angeklagten gewähren muss, weil der Staatsanwaltschaft keine Schranken gezogen sind. Daher erklärt es sich, dass die immerhin auch in Frankreich vorgekommenen Fälle, wo die Gerichte Bedenken trugen, eine schrankenlose Verfügung der Parteien über den Verhandlungsstoff anzuerkennen, und der Cassationshof ihnen zustimmte, namentlich mit E v. 20. März 1847 (Gouyard), Missbilligung erregten und die Praxis ins Schwanken gerieth. Hélie, Instr. §§ 634 III. 635, vol. VIII p 686 ss., 2. éd. Nr 3478, éd. Brux. Nr 4966, und desselben Pratique Nr 444. 728. Rolland de Villargues bei Art. 321. Glaser, Vorbereit. der Hauptverh. im französ. Schwurgerichtsverf. § 7 IV Nr 3, Kl. Schriften S 595.

[29] Vgl. Geyer § 194 III Anm 5. — Von principieller Bedeutung scheint mir der Ausspruch des RGE v. 3. März 1880 Rspr I 418. Es war in diesem Falle ein „herbeigeschafftes" Beweismittel unbenutzt gelassen worden und es ward der deshalb ergriffenen Revision stattgegeben, aber nicht aus dem Grunde, weil es dem Gerichte nicht zukomme, sich mit der Frage der Erheblichkeit bei „herbeigeschafften" Beweismitteln zu beschäftigen. Denn wenn einerseits zugegeben wird, dass das Recht der Partei „nicht dadurch verkümmert werden" darf, „dass das Gericht die Beweisaufnahme von seiner Prüfung der Beweiserheblichkeit abhängen lässt", so heisst es dann andererseits: „Allerdings muss es eine Schutzwehr dagegen

II. Zwischen den verschiedenen als unmittelbar oder mittelbar relevant zu erachtenden Thatsachen ist weder in Bezug auf die Art

---

geben, dass nicht die Erledigung einer Strafsache vereitelt, dass nicht das dem Angeklagten in § 244 eingeräumte formale Recht durch Heranziehung von Urkunden oder anderen Gegenständen, von Zeugen und Sachverständigen, welche Beweismittel für die vorliegende Sache überhaupt nicht sind und nicht sein können, lediglich zum Verschleif des Prozesses chicanös gemissbraucht werde. Das Gericht wird deshalb auch gegenüber der Bestimmung des § 244 nach dem Zwecke des strafgerichtlichen Verfahrens und im Interesse der Wahrung seiner Würde befugt sein, Beweise, welche völlig heterogene Umstände betreffen, solche, die in gar keiner Beziehung zu der vorliegenden Untersuchung stehen, abzuschneiden; doch musste, wenn ein solcher Fall eintreten sollte, das Gericht die Ablehnung so eingehend motiviren, dass auch dem Revisionsrichter erkennbar bliebe, dass durch die Ablehnung nicht der § 244 thatsächlich verletzt wäre". — Die beiden Behauptungen lassen sich nur dadurch vereinigen, dass das Reichsgericht sich weigert, die Praxis des preussischen Obertribunals fortzusetzen, welche den Hauptanlass für die Annahme des § 244 Abs. 1 bildete, und die die Ueberprüfung derartiger Entscheidungen abgelehnt hatte. Soweit also das Gericht erweislich nicht zur Sache gehöriges Beweismaterial abgelehnt hat, wird das Reichsgericht § 244 nicht als verletzt ansehen. — Dass in Fällen, wo die Voraussetzungen des § 244 Abs. 1 nicht zutreffen, das Gericht in voller Freiheit die „Erheblichkeit" des angebotenen Beweismittels zu prüfen habe und der Revision nur Folge gegeben wird, wenn die Unrichtigkeit der über diesen Zwischenfall ergangenen Entscheidung erkennbar ist, ist in zahlreichen Erkenntnissen ausgesprochen. — So handelte es sich namentlich in dem dem RGE v. 12. Januar 1880 Rspr I 218 zu Grunde liegenden Falle darum, dass ein erst in der Hauptverhandlung gestellter Beweisantrag, welcher darauf abzielte, zu beweisen, dass Angeklagter Gelegenheiten zur Verübung ähnlicher Delicte unbenutzt gelassen, abgelehnt wurde. Das Reichsgericht billigte dies mit der Bemerkung, es sei keine unzulässige Beschränkung der Vertheidigung, wenn einem Beweisantrag „ohne Rechtsirrthum für den concreten Fall die Erheblichkeit abgesprochen ist. Dass über den Umfang der Beweisaufnahme das Gericht zu befinden und von ganz zwecklosen Erhebungen Umgang zu nehmen hat, liegt so sehr im Wesen einer gesunden Strafrechtspflege begründet, dass es einer ausdrücklichen Aufnahme dieses Grundsatzes in die StPO gar nicht bedurfte; er ist aber auch als in den §§ 219 u. 243 Satz 2 enthalten anzusehen und im § 244 Satz 1 nur so weit verlassen" u. s. w. Ein anderes RGE v. 10. Febr. 1880 Rspr I 333 spricht „von der sachlichen Unerheblichkeit des Gegenstandes" der Vernehmung. Allerdings wird mitunter das im § 244 begründete System sehr schroff charaktersirt; so im RGE v. 24. Febr. 1880 Ann I 490 ff.: „Die Vernehmung muss erfolgen, nicht weil nach der Anschauung des Richters von derselben ein Ergebniss für die Schuld oder Unschuld des Angeklagten zu erwarten ist, sondern weil das Gesetz vermöge positiver Vorschrift beiden Theilen ein Recht darauf giebt". Allein daraus folgt nicht, dass das Reichsgericht es gerechtfertigt fände, in einer von ihm missbilligten Richtung über die in den Verhandlungen zu Tage getretene Intention des Gesetzes hinauszugehen. Vgl. übrigens auch v. Prittwitz in GA 1880 S 426 ff. Wenn dieser unter Hinweis auf das RGE v. 3. März 1880 betont, „dass die Prüfung der Frage, ob der Zeuge mit

noch in Bezug auf die Ordnung der Beweisführung ein Unterschied zu machen. Ersteres ist mitunter von negativen Thatsachen behauptet worden. Es ist jedoch an und für sich weder unmöglich, das Nichteintreten einer Thatsache zu beweisen, noch sind die Schwierigkeiten einer solchen Beweisführung unbedingt grösser, als die des Nachweises einer positiven Thatsache; wohl aber können die Umstände leicht so liegen, dass nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge anzunehmen ist, dass der Eintritt der Thatsache sehr leicht, das Gegentheil aber sehr schwer zu beweisen wäre[30]. Es kommt nämlich in erster Linie darauf an, ob nicht die verneinende Behauptung, deren Richtigkeit dargethan werden soll, sich nur als Folgerung aus der Behauptung positiver Thatsachen darstellt, so dass in Wahrheit nur der Form nach eine verneinende Behauptung aufgestellt wird[31]; dies wird regelmässig dann der Fall sein, wenn einer Person oder einer Thatsache eine solche rechtliche Qualität abgesprochen wird, zu deren Ausschliessung es einer bestimmten Thatsache bedürfte — z. B. es wird behauptet, dass ein bestimmter Zeuge nicht eidesfähig, dass ein als Deutscher geborener kein Deutscher sei; in Wahrheit wird hier behauptet, dass eine Thatsache eingetreten sei, welche die fragliche Person ihrer Eidesfähigkeit oder ihrer Eigenschaft als Deutscher beraubte. In anderen Fällen handelt es sich um die Ausschliessung einer genau individualisirten Thatsache. Es ist nun im allgemeinen weder unmöglich noch besonders schwer, die Ueberzeugung von dem Nichtvorhandensein einer solchen zu begründen; denn es ist möglich, positive Thatsachen festzustellen, mit deren Wahrheit die der zu verneinenden Thatsache unbedingt nicht zu vereinbaren ist.

---

der Sache zusammenhängendes bekunden solle, leicht in eine Prüfung der Erheblichkeit der in seine Wissenschaft gestellten Thatsachen umschlagen könne", so ist der hier hervorgehobene Unterschied zwischen Beweismitteln, von denen kein erhebliches Resultat zu erwarten ist, und Beweissätzen, welche gar nicht zur Sache gehören, hinlänglich hervorgehoben. Allein die Forderung des § 244 ist so kategorisch hingestellt, dass sich mit ihr die a. a. O. S 428 aufgestellte Ansicht von Prittwitz nicht vereinigen lässt, dass bei den auf Grund des erwähnten § stattfindenden Vernehmungen der Beeidigung des Zeugen die Angabe des Gegenstandes der Vernehmung vorausgehen müsse. Das Gericht muss zur Vernehmung schreiten, insbesondere also auch den Zeugen befragen, ob er über den Gegenstand der Verhandlung etwas auszusagen weiss. Wenn sich dann zeigt, dass der Zeuge nichts zur Sache gehöriges vorzubringen weiss, so ist der Forderung des Gesetzes entsprochen, auch wenn die Vernehmung desselben über nicht zur Sache gehöriges nicht erfolgte. —

[30] Vgl. für das folgende namentlich Bonnier §§ 39 sq.

[31] Certe, sagt die Glosse, angeführt bei Bonnier § 41, si diligenter attendas, non est aliqua negativa, quae tacitam non habeat affirmativam.

Es können Personen, welche eine bestimmte Thatsache, hätte sie sich wirklich zugetragen, hätten wahrnehmen müssen, bestätigen, dass sie sie nicht wahrnahmen, was man mitunter sogar als einen directen Beweis der Negative angesehen hat[32]; — oder es wird eine Thatsache bewiesen, welche den Eintritt der verneinten Thatsache unmöglich macht, z. B. Abwesenheit des angeblichen Thäters oder des Gegenstandes der That von dem Ort, an welchem zur fraglichen Zeit der eine die Thatsache gesetzt haben oder sie von dem anderen gesetzt worden sein soll (Alibi); — oder es wird der Umstand, dass der des Mordes beschuldigte kein Motiv hatte, den eingetretenen Tod zu wünschen, dadurch dargethan, dass ein bestimmtes Motiv, die Fortdauer des Lebens zu wünschen, erwiesen wird. Es kann ferner umgekehrt nachgewiesen werden, dass Thatsachen und Zustände bestehen, deren Nichtvorhandensein die nothwendige Wirkung der verneinten Thatsache sein müsste; z. B. dass der angeblich ermordete später noch gelebt, der angeblich bestohlene die entwendete Sache noch besessen, die angeblich genothzüchtigte in jungfräulichem Zustande sei. — Wenn dagegen die verneinende Behauptung sich auf eine unbestimmte Anzahl möglicher Thatsachen und Ereignisse bezieht, dann kann es allerdings schwer, nahezu unmöglich werden, das Nichteingetretensein derselben überzeugend darzuthun. Auch dies ist denkbar und manchmal sogar nicht schwerer, als der Beweis einer positiven Behauptung, namentlich dann, wenn jede der als möglich gedachten Thatsachen constatirbare Folgen hätte hervorrufen müssen (z. B. wenn behauptet wird, dass eine Frau nicht geboren habe, dass der Angeklagte, dessen Aufenthalt stets bekannt war, niemals in strafgerichtliche Untersuchung gerieth, dass eine Unterbrechung der Verjährung nicht stattfand). Aber sehr häufig wird das Gegentheil der Fall sein. Kommt dann dazu, dass es zwar nicht undenkbar, aber doch sehr unwahrscheinlich wäre, dass die verneinte Thatsache, sofern sie ein-

---

[32] Allerdings hat man sich hier vor der Verwechselung mit dem Fall zu hüten, wo solche Personen eben nur das Eingetretensein der Thatsachen nicht wahrgenommen haben, die Möglichkeit aber nicht ausgeschlossen ist, dass sie ihnen entging; darauf beruht der alte Spruch: Magis creditur duobus testibus affirmantibus quam mille negantibus. Gegen die Leichtigkeit, mit welcher dergleichen vorausgesetzt und zur Ablehnung von Beweiserhebungen benutzt wird, s. das RGE v. 26. Juni 1880 Rspr II 126. Zeugen sollten bekunden, dass sie die incriminirte Aeusserung nicht gehört. Das Reichsgericht nimmt aber an, die Zeugen hätten nicht „nur etwas negatives aussagen“, sondern bestätigen sollen, „dass nur andere als die dem Angeklagten zur Last gelegten Worte von ihm gesprochen worden wären, was jedoch nur ein negativer Ausdruck für eine positive Thatsache ist, dass die . . Worte nicht von ihm gesprochen wurden“.

trat, nicht nachweisbar wäre, und dass dann namentlich derjenige, der ein Interesse daran hat, den Eintritt derselben nachzuweisen, auch in der Lage wäre, diesen Nachweis leicht zu liefern: dann erscheint es nicht blos als höchst unbillig, dem so sehr im Nachtheil befindlichen Beweisgegner den unverhältnissmässig viel schwereren Beweis der Verneinung aufzuerlegen[33] (eine Zumuthung, die oft geradezu wie Hohn klingen müsste), sondern es hat die Verneinung unter solchen Umständen die Wahrscheinlichkeit dermaassen auf ihrer Seite, die verneinte Thatsache erscheint als so unwahrscheinlich, dass es fast unvermeidlich ist, sie bis auf weiteres

---

[33] Vgl. z. B. die Ausführungen von Unger, System des österr. Privatrechts II § 123 I und v. Bar, Recht und Beweis im Civilprozess. 1867. S 24 ff., die allerdings keine unmittelbare Anwendung auf den Strafprozess finden, da hier nicht der Gedanke einer billigen Vertheilung von Wind und Sonne zwischen den Parteien, wohl aber das, was ihr zu Grunde liegt, die Vermuthung dafür, dass das regelmässig leicht zu erweisende auch diesmal nicht spurlos geblieben sei, sich wirksam zeigt (z. B. bei der Entfernung eines Wehrpflichtigen ohne Erlaubniss, § 140 StGB; vgl. GA 1855 S 38). Siehe auch Rizy, Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozesse. Wien 1841, namentlich über den geschichtlichen Ursprung der Regel: Affirmanti, non neganti incumbit probatio, S 55 ff. Von besonderem Interesse ist auch in dieser Materie das englische Recht. Nach der Darstellung Taylors §§ 337 sq. geht dasselbe gerade bei der Vertheilung der Beweislast im Civilprozess von der (missverstandenen) Regel des römischen Rechtes aus: Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat; die Praxis habe sich dieselbe angeeignet, nicht weil es unmöglich sei, eine Negative zu beweisen. sondern nur, weil dieser Beweis nicht so direct und einfach sei, wie der der Bejahung, und weil es überdies nur billig sei, dass die Partei, welche sich darauf stützt, dass eine bestimmte Thatsache bestehe, die Existenz dieser Thatsache beweise. In Strafsachen dagegen müsse aus dem doppelten Grund, dass der Ankläger alles zu beweisen habe, was zur Substantiirung der Anklage nöthig ist, und dass bis zum Beweis des Gegentheils das Gesetz die Unschuld vermuthen will, der Regel nach der Ankläger auch die negativen Thatsachen, so z. B. den Mangel der Einwilligung des Beschädigten, wo das Gesetz diesen ausdrücklich fordert, beweisen; allerdings könne dieser Mangel auch aus dem Benehmen des Angeklagten gefolgert werden und es würde eine hieraus abgeleitete Vermuthung so lange ausreichen, als nicht Gegenbeweise vorliegen, welche die Annahme begründen, dass die Behauptung der Zustimmung der Wahrheit entsprach. Solcher Beweis prima facie sei aber oft überflüssig und übel angebracht (useless and highly inconvenient), und es habe deshalb die positive Gesetzgebung mehrfach, wo es sich um die Frage der Zustimmung, rechtlichen Befugniss u. dgl. handle, die Beweislast verschoben und dem Angeklagten den Beweis der positiven Thatsache auferlegt, wie z. B. bei Anfertigung und Besitz zur Fälschung öffentlicher Bezeichnungen geeigneter Mittel, unbefugtem Besitz von Kriegsmunition u. dgl. In diesen und anderen Fällen habe sich die Gesetzgebung häufig von dem Grundsatze leiten lassen, dass, wenn ein Gegenstand speciell innerhalb der Kenntniss einer Partei liegen müsse, diese ihn auch zu beweisen habe, gleichviel ob die Behauptung affirmativer oder negativer Natur sei.

als nicht wahr, ihre Verneinung als der Wahrheit entsprechend anzusehen. Auch dies aber ist nicht etwas dem Beweis der Verneinung eigenthümliches[34]; es ist dem A wohl leichter, zu beweisen, dass er den B, einen Mitbewohner derselben Stadt, nicht gekannt habe, als etwa, dass er ihn stets zuerst gegrüsst habe; ja es wird letztere so positiv klingende Behauptung sich sehr leicht als eine verneinende darstellen lassen. Weil aber das Verhältniss, dass nämlich der Beweis einer Behauptung die Ausschliessung einer grossen Anzahl entgegengesetzter Möglichkeiten erfordert, während der Beweis des Gegentheils mit viel weniger Schwierigkeiten verbunden ist, am häufigsten bei in die Form der Verneinung gekleideten Behauptungen hervortritt, hat man früher geglaubt, den Beweis der Negative selbst für factisch, die Forderung der Führung desselben für rechtlich unmöglich erklären zu sollen. Vom Standpunkte der Theorie des Beweises wird sich eine unbedingte Regel dieser Art nicht rechtfertigen lassen, und namentlich, wo eine negative Thatsache ein Element des Thatbestandes bildet (z. B. bei Unterlassungsdelicten), wird sie bewiesen sein müssen, ehe verurtheilt werden kann[35]. Die Versuche der Gesetzgebung, Ausnahmen für concrete Fälle zur Geltung zu bringen, werden immer seltener werden, je sicherer auf richtigen Gebrauch des Rechtes der freien Beweiswürdigung zu rechnen ist. Immerhin haben solche Verhältnisse dazu beigetragen, dass mitunter — wo neben denselben noch andere Gründe dafür sprachen — der Beweis der Negative für einstweilen entbehrlich erklärt ward[36]. Das wichtigste Beispiel dafür bietet die

---

[34] Si negativa indefinita probari non potest, id non inde quia negativa, sed quia indefinita est. Coccejus.

[35] Geyer in HH I 212. Wie wenig übrigens die Art der Formulirung der Behauptung darüber entscheidet, ob eine positive oder negative Thatsache zu beweisen ist, zeigt das Beispiel des Meineides. Die Bestrafung hängt davon ab, dass die beschworene Behauptung unwahr ist; der Beweis dieser Unwahrheit obliegt naturgemäss der Anklage; er wird aber immer im Beweis des Gegentheils der eidlich behaupteten Thatsache liegen.

[36] Es ist dabei immer nur maassgebend, dass der eine die ihm günstige Behauptung sehr leicht, der andere deren Gegentheil sehr schwer erweisen kann, und dass unter solchen Umständen die Beweislosigkeit die Vermuthung der Unwahrheit begründet. Die im deutschen Recht aufgestellten strafrechtlichen Beweiserleichterungen (s. darüber namentlich Binding, Normen II 605 ff.) sind daher keineswegs auf Fälle beschränkt, welche den Beweis einer Negative betreffen. Wenn nach § 20 des Reichspressgesetzes der Redacteur seine Nichtthäterschaft beweisen oder vielmehr wahrscheinlich machen („durch besondere Umstände die Annahme seiner Thäterschaft“ ausschliessen) muss, so muss im Fall des § 21 das. „die Anwendung der pflichtmässigen Sorgfalt“ bewiesen werden. Wenn § 361 Z. 8 StGB dem Angeklagten scheinbar den Beweis der Negative auferlegt, handelt es sich

gesetzliche Bestimmung über die exceptio veritatis bei der Beleidigung durch Behauptung oder Verbreitung einer Thatsache, welche jemand verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen geeignet ist. Die Beleidigung ist eigentlich nur vorhanden, wenn die behauptete oder verbreitete Thatsache nicht wahr ist, die Unwahrheit daher ein Element des Thatbestandes, und deren Beweis ist dem Beschuldigten gegenüber zu erbringen. Es ist nun denkbar, dass die Thatsache vollständig aus der Luft gegriffen ist, und in solchem Falle wird, namentlich wenn die Beschuldigung mit berechneter Zurückhaltung vorgebracht wurde, der Beweis, dass dieselbe nicht eingetreten sei, kaum je geführt werden können; es ist dagegen nicht denkbar, dass derjenige, welcher sie behauptet oder verbreitet, sofern sie eben nicht von ihm selbst erfunden ist, nicht einen Anhaltspunkt für die Ausforschung und Aufklärung der Thatsache besitzen sollte. Es ist dies gewiss nicht das einzige Motiv, welches für die Verschiebung der Beweisaufgabe maassgebend war; allein ohne die Berücksichtigung dieses Grundverhältnisses hätte dieselbe dem Vorwurf der Ungerechtigkeit nicht entgehen können[37].

---

doch um eine positive Thatsache, deren Nachweis die Annahme der die Straflosigkeit begründenden Negative bewirken soll: dass der Angeklagte sich um Arbeit bemüht hat, wobei die Erfolglosigkeit sich dann von selbst mit ergeben muss. In anderen Fällen kommt es darauf an, dass bestimmte Thatsachen vorliegen, welche zeigen, dass die in der Sachlage gegründete Vermuthung der Schuld sich nicht als zutreffend erweist. Nicht die bejahende oder verneinende Fassung des Beweissatzes, sondern die Erwägung, dass, wenn Thatsachen der genannten Art vorhanden sind, niemand leichter als der Angeklagte sie hervorheben und darthun kann, giebt das entscheidende Motiv für die Beweisverschiebung ab.

[37] Oppenhoff bei § 186 StGB Bem 21—24; Berner, Lehrbuch 11. Aufl. S 454 und die dort angeführte Literatur; H. Meyer § 186 S 154. 475. Auch hier muss auf die Erörterung der dem materiellen Rechte angehörigen Verhältnisse, welche für die Beurtheilung der rechtlichen Natur der exceptio veritatis maassgebend sind, verzichtet werden. Das unbehagliche Bewusstsein, dass im einzelnen Falle ein Strafurtheil auf einer Fiction beruhen könne, drückt sich in dem Versuch des deutschen StGB aus, die Schuld nicht von der Wahrheit oder Unwahrheit der Behauptung, sondern davon abhängig erscheinen zu lassen, dass sie nicht „erweislich wahr" ist. Diese Behandlung hat an sich etwas das Gefühl verletzendes, denn sie lässt noch schärfer hervortreten, dass die Schuld nur darin gefunden wird, dass man sich über die Erweisbarkeit der Behauptung täuschte, wenn man nicht mit Binding, Normen II 611 gerade für diesen Fall Straflosigkeit fordert, damit aber dasjenige vereitelt, um dessentwillen das Gesetz vom gewohnten Wege hier abweicht. Die Wendung, die § 186 der Sache giebt, erregt aber noch weitere Schwierigkeiten, wenn sich zeigt, dass Beweise zur Zeit der That vorhanden waren, welche nunmehr verloren sind. — Das österr. StG v. 1852 behandelt im § 490 diese Sache so, dass es eine Casuistik aufstellt,

III. Ein sehr grosser Unterschied wird im älteren Beweisrecht zwischen dem Beweis des objectiven Thatbestandes und dem der Thäterschaft gemacht. Schon die Glossatoren haben den Nachweis des objectiven Thatbestandes, der veritas delicti, das constare de delicto betont, und zwar zunächst als Vorbedingung für die Einleitung des Strafprozesses, namentlich des inquisitorischen[38]. Es entwickelte sich daraus ein doppeltes: 1. Die Forderung bezüglich der Reihenfolge des Nachweises, indem der Beweis des objectiven Thatbestandes als der specifische Inhalt der Generalinquisition, der der Thäterschaft als Aufgabe der Specialinquisition betrachtet wurde[39]; woraus sich der von dieser Procedurgliederung unabhängige und speciell auch im englischen Rechte bemerkbare Gedanke entwickelt, dass der Nachweis der Thäterschaft erst zulässig sei, wenn der der That geführt sei. 2. Besondere Anforderungen bezüglich der Quali-

---

vermöge welcher in gewissen Fällen der Beleidiger schon für culpa gestraft werden soll (eigentlich sogar schon für den Zufall haftet), in anderen nicht. — Legislativ kommen neben dem im Text erwähnten folgende Gesichtspunkte in Betracht: die Möglichkeit, dass die Wahrheit der erhobenen Beschuldigung sich nicht feststellen lässt und dass also ein objectiv richtiges Urtheil unerreichbar ist — die schweren Folgen, welche das Urtheil, je nachdem es ausfällt, nicht blos für den Angeklagten, sondern auch für den Beschädigten mit sich bringt, und welche nicht gestatten, sich, wie sonst, bei dem favor defensionis zu beruhigen — endlich die Frage nach dem Anlass, aus welchem diese peinliche und schwierige Lage entstand: der gute oder schlechte Glaube des Beleidigers und das Motiv, das ihn zur Beschuldigung bestimmte. Gerade dieser letzte Gesichtspunkt sollte für die legislative Behandlung entscheidend sein; er würde gestatten, dass für denjenigen, der in gutem Glauben und unter Umständen, welche es rechtfertigen, dass er eine Beschuldigung vorbrachte, die der Richter als auf Wahrheit beruhend nicht erklären kann, eine nur nominelle Verurtheilung erfolgt, da das berechtigte Interesse des Beleidigten verlangt, dass der Fall demjenigen, wo der Beweis der Wahrheit geführt ist, nicht gleichgestellt werde, — und dass dann die Strafen dem Grade der Schuld entsprechend geregelt werden, je nachdem blos der gute Glaube oder das die Beschuldigung rechtfertigende Motiv oder beides fehlt. Vgl. Glaser, Kl. Schriften S 329 ff. (S. übrigens auch Küssner in GA 1854 S 47.)

[38] S. namentlich Luden, Abhandlungen II. 1840. S 5 ff.; Zachariä, Grundlinien S 134 ff. 139 ff. und die daselbst reichlich angeführten Belege; ferner Art. 6 der CCC. Vgl. auch Bonnier §§ 109. 110; Best §§ 441—450.

[39] Die Erkenntniss der Unmöglichkeit der Einhaltung einer solchen Reihenfolge in der Untersuchung (s. z. B. Feuerbach, Lehrb. § 602; Martin, Lehrb. d. Strafpr. § 54 Anm 11 ff.; Müller § 176; Stübel, Criminalverfahren § 2808 im Gegensatz zu § 654; Bauer § 227; Abegg § 75; Mittermaier, Strafverfahren I §§ 62. 63; W. H. Puchta, Der Inquisitionsprozess. 1844. S 150 ff.; Jagemann in WRLex V 479; Kitka, Erheb. des Thatbest. S 10) war der Hauptgrund des Verfalles der Eintheilung des Verfahrens in General- und Specialinquisition. Biener, Beiträge S 190 ff. Glaser, Kl. Schriften S 662 ff.

tät des Beweises, zunächst in dem Sinn, dass der objective Thatbestand nur durch richterlichen Augenschein und Sachverständige, oder doch wenigstens nicht durch Geständniss oder Indicien bewiesen werden [40], theilweise auch in dem Sinn, dass wenigstens wenn der Beweis der Thäterschaft auf Indicien beruht, der der That nicht ebenfalls durch solche hergestellt werden soll [41]. — Keine dieser Forderungen

[40] Schon Clarus bezüglich der delicta facti permanentis; s. Luden a. a. O. S 28. — Auf die Frage ist bei Darstellung der einzelnen Beweismittel noch vielfach zurückzukommen. Hier sei nur angeführt Stübel, Thatbestand §§ 314 ff., wo zuerst Klarheit in die Frage gebracht wurde; ferner bayer. StG v. 1813 Art. 270. 271. 292 (Beweisregeln bezüglich des objectiven Thatbestandes beim Geständniss und Zeugenbeweis); Birnbaum im ANF 1845 S 493 ff.; Schmidt von Bergenhold in Haimerls Mag XVI 277—302; Zachariä, Handbuch II S 270 Anm 12 u. S 445; Geyer in HH I 223; Ellero, Critica c. 30 p 186 (Trattati crim. p 220); Pessina p 128; Borsani e Casorati §§ 673. 674, III 317 ss.

[41] Dass an und für sich der Beweis des objectiven Thatbestandes auch künstlich hergestellt werden könne, wenigstens in einigen seiner Glieder, war selbst für delicta facti permanentis anerkannt, vgl. z. B. Art. 147 CCC bezüglich des Intervalles zwischen Verletzung und Tod; gerade daraus wird abgeleitet, dass das Verbot der Verurtheilung auf Grund von Indicien im Art. 22 CCC sich nur auf den Beweis der Thäterschaft, nicht auf den der That beziehe. Zachariä, Grundlinien S 251. 252; Stübel, Thatbestand § 376. Dies einmal zugegeben, stellt sich die Forderung, dass wenn der Beweis der Thäterschaft auf Indicien beruhe, der der That auf andere Weise hergestellt sein müsse, als ganz willkürlich und unhaltbar dar (s. die eingehende Darstellung bei Stübel, Thatbestand §§ 303 ff., insbesondere §§ 355 ff.). In der That hat an der bezüglichen Bestimmung des österreichischen Rechtes (§ 412 I des G v. 1803; § 1 I des G v. Juli 1833 Nr 2622 der JGS; § 279 Z. 1 der StPO v. 1853; Jenull IV 65 ff.; Kitka, Beweislehre S 293 ff.; Rulf, Commentar zur StPO v. 1853 II 122 ff.; Peitler, Syst. Samml. der auf die StPO sich beziehenden Entscheidungen etc. Wien 1856. S 231 ff.; Ambrosoli in seiner Uebersetzung von Mittermaiers Beweis S 508 Anm 3) die Praxis fortwährend gerüttelt. Mittermaier, welcher sie in seiner Lehre vom Beweis S 454 billigend anführt (ebenso wie Bonnier § 825, der aber §§ 109 u. 110 die Sache auf ihr richtiges Maass zurückführt und selbst angesichts eines Falles Lafarge vom préjugé de la nécessité d'un corps du délit spricht), schränkt schon dort seine Zustimmung zu der Regel darauf ein, dass „alle factischen Umstände, aus welchen man die einzelnen Merkmale des Thatbestandes ableiten will, juristisch gewiss sein müssen, und zwar unabhängig von den Anzeigen, durch welche der Angeschuldigte (der Thäterschaft) überwiesen werden soll". In seinem Handbuch des deutschen Strafverfahrens (1844) B II S 453 fordert er „eine genaue Herstellung des Thatbestandes des Verbrechens", und er beruft sich dafür auf das englische Recht und speciell auf Wills und Bentham. Allein bei Wills und auch sonst finden sich wohl einzelne Aeusserungen, welche zu besonders strenger Prüfung des Indicienbeweises, wenn durch diesen der objective Thatbestand hergestellt werden soll, mahnen; doch ist es unbestritten, dass diese Art des Nachweises des objectiven Thatbestandes vollkommen zulässig ist, und es wird davon keineswegs der Fall ausgenommen, wo auch der Beweis der Thäterschaft auf Indicien beruht. Nur darauf

lässt sich, und dies wurde theilweise schon früh erkannt, in diesem Umfange rechtfertigen. Die Unterscheidung zwischen Beweis der That und der Thäterschaft ist prozessualisch nicht immer durchführbar; es giebt strafbare Handlungen, bei welchen mit der That immer oder in der weitaus überwiegenden Mehrzahl der Fälle auch die Thäterschaft schon gegeben ist (Meineid, Bigamie, Blutschande, Bankerott, Amtsmissbrauch, Untreue), andere, wo die bezüglichen Beweismomente sich gegenseitig durchschlingen (wie z. B. Betrug). Ist hier schon die Sonderung der Zeit nach nicht möglich, so werden sehr oft gerade persönliche Verhältnisse eines bestimmten Individuums den Verdacht einer strafbaren Handlung erregen und wird von ihrer Feststellung zur Feststellung der That vorgeschritten werden müssen, wenngleich dies heutzutage über das Vorbereitungsverfahren nicht hinausreichen darf. Selbst die älteren Juristen haben aber bereits erkannt, dass man die Eigenthümlichkeit gewisser Delicte, dass sie Spuren hinter-

---

wird — abgesehen von der Forderung objectiver Erprobung des corpus delicti bei Fällen, in welchen diese möglich ist — Gewicht gelegt, dass nicht der Beweis der That lediglich auf Umstände basirt werde, welche die Identität des Thäters darzuthun bestimmt sind. Selbst hierin ist man aber, wenn auch sehr vorsichtig, weiter gegangen, wenn die Natur des Falles es forderte. So z. B. wird im allgemeinen eine Verurtheilung wegen Diebstahls nicht erfolgen können, ohne dass bewiesen ist, dass der entwendete Gegenstand einer bestimmten Person abhanden kam. Der Appellhof hielt aber eine Verurtheilung aufrecht, welche erfolgte, als jemand mit gewissen Gegenständen unter dringend verdächtigenden Umständen betreten wurde, obgleich der Bestohlene wegen der Menge gleichartiger Waaren in seinem Besitz einen Abgang nicht behaupten konnte. S. Wills ch. VII sect. 2 p 200 sq. Greenleaf III § 30 sagt, nachdem er den Unterschied zwischen Beweis des corpus delicti und Beweis der Identität des Angeklagten (Thäterschaft) betont: Jeder von beiden könne auch durch Indicienbeweis hergestellt werden, wenn dieser nur überzeugend sei. Dies gelte selbst von der Tödtung, obgleich zahlreiche Missgriffe zur Vorsicht mahnen. Man könne keine andere Regel aufstellen, als dass der Beweis „ought to be strong and cogent“ (Anführung aus Wills). Daneben führt er den Ausspruch eines amerikanischen Richters an, der dahin geht, im Falle der Tödtung müsse entweder die Leiche aufgefunden und identificirt oder die Verübung einer Gewaltthat bewiesen sein, welche geeignet war, den Tod herbeizuführen und deren Beschaffenheit es erkläre, dass die Leiche sich nicht vorfindet. Entweder die Thatsache des Todes oder die der Setzung einer ausreichenden Ursache müsse direct bewiesen sein. — Auch Best geht von der Anführung der alten entschiedenen Forderung des abgesonderten Beweises des objectiven Thatbestandes aus, selbstverständlich mit wesentlicher Betonung der delicta facti permanentis (§§ 441—445), sieht sich aber ebenfalls genöthigt, die Zulässigkeit des Nachweises des objectiven Thatbestandes durch Indicien anzuerkennen (§§ 446 ff.). Der Kern seiner Ansicht ist in dem, dem eben angeführten amerikanischen Ausspruch sich nähernden Satze zu erblicken: The basis of a corpus delicti once established, presumtive evidence is receivable to complete the proof.

lassen, die objectiv zu prüfen sind, nicht generalisiren dürfe, und man stellte zu diesem Zwecke die Unterscheidung zwischen delicta facti permanentis und del. f. transeuntis auf, eine Unterscheidung, welche die Grenzlinie durch das Gebiet einzelner Delictsformen hindurchführt; selbst Tödtung, Brandstiftung, Sachbeschädigung, welche man hauptsächlich als del. facti perm. ansieht, können unter Umständen verübt werden, wo die That nur negative Spuren lässt, z. B. wenn ein Mensch oder eine Sache ins Meer geworfen wird. Ueberdies umfasst die Frage nach der That im Gegensatz zu der nach der Thäterschaft immer auch das subjective Moment, dessen Feststellung nur selten ohne Bezugnahme auf einen bestimmten Thäter erfolgen kann. —

Dennoch liegen dieser Unterscheidung Gedanken zu Grunde, welche an sich richtig sind und daher für das heutige Recht noch Geltung beanspruchen können. Wenn das Verbrechen vermöge seiner Natur und der Umstände, unter welchen es verübt wurde, Spuren hinterlassen haben muss, welche durch Augenschein und Sachverständige geprüft und festgestellt werden können, dann sollte diese Prüfung und Feststellung nicht unterbleiben, und wenn dies doch geschehen ist und nicht mehr gut gemacht werden kann, so enthält dies die ernste Mahnung, die sonstigen Beweise für die Schuld mit grosser Vorsicht und selbst mit Misstrauen aufzunehmen, namentlich so lange, als nicht in befriedigender Weise aufgeklärt ist, warum die Feststellung unterblieb, und als nicht wenigstens anderweitig wahrscheinlich gemacht ist, dass die Spuren vorhanden waren. Der Grundsatz des englischen Beweisrechtes, wonach in jedem gegebenen Falle der beste Beweis, den er nach seiner Individualität zulässt, auch wirklich vorgebracht werden soll, ist vollkommen richtig, und fehlt es uns auch an der Ermächtigung, daraus die Consequenz zu ziehen, die in England gezogen wird, dass nämlich das minder verlässliche Beweismittel überhaupt erst zugelassen wird, wenn die Nichtvorführung des besseren gerechtfertigt ist, so ist doch so viel gewiss, dass die Nichtvorbringung des besseren Beweismittels zu doppelter Strenge bei Prüfung des an sich minder verlässlichen mahnt. Nach englischem Recht wird ferner in der Hauptverhandlung eine solche Anordnung des Beweisverfahrens gefordert, vermöge welcher da, wo der Beweis der That von dem der Thäterschaft getrennt werden kann, der erstere voranzuschicken ist; bliebe jener aus oder bräche er unverkennbar zusammen, so würde der Richter die Fortsetzung der Verhandlung nicht gestatten und die Jury zur Freisprechung anweisen[42]. Dieses Recht hat bei uns das

[42] Glaser, Anklage S 318.

Gericht weder wo es allein urtheilt, noch wo Geschworne mitwirken. In Oesterreich würde in solchem Falle die dem Ankläger gebotene Möglichkeit des Rücktritts von der Anklage das entsprechende Auskunftsmittel bieten; jedenfalls wird wohl der Vorsitzende im Schlussvortrag die Aufmerksamkeit der Geschworenen auf die Nothwendigkeit des Erwiesenseins der bezüglichen Momente des Thatbestandes lenken müssen. — Nicht minder berechtigt ist der früh aufgetauchte Zweifel, ob der objective Thatbestand durch das Geständniss bewiesen werden könne; nur ist der diesem Zweifel zu Grunde liegende Gedanke weder auf alle Fragen des objectiven Thatbestandes anwendbar noch auf solche zu beschränken. Es wird eben nur am häufigsten bei solchen das Bedenken auftauchen, ob der Angeklagte das, was er aussagt, auch richtig auffassen und beurtheilen konnte, und ob andererseits nicht eine objective Bestätigung des Inhaltes des Geständnisses wünschenswerth und erreichbar ist, ehe das Geständniss als zur Begründung einer sicheren Ueberzeugung geeignet erkannt wird. Ganz unberechtigt ist dagegen die Forderung einer Beschränkung des Indicienbeweises bezüglich der Thäterschaft, soweit nicht der Beweis der That anderweitig erbracht ist; berechtigt ist nur die Mahnung zur Vorsicht bei der Handhabung dieser Beweisart, die um so dringender wird, wenn alle zu beweisenden Thatsachen auf dieselbe künstliche Weise hergestellt werden sollen[43].

IV. Es hat daher die eben erwähnte Eintheilung der Beweisgegenstände, ebenso wie die häufiger vorkommende Dreitheilung: 1. objectiver Thatbestand — 2. der Schuldige — 3. Nebenumstände, welche die Strafbarkeit (Martin[44]) oder die „subjective Strafbarkeit“

[43] Wäre z. B. die That des Thomas gelungen, so wäre wahrscheinlich das Schiff ganz spurlos verschwunden oder es wären doch nur einzelne Umstände aufgetaucht, welche gestattet hätten, darauf zu schliessen, dass das Schiff in Folge einer Explosion zu Grunde ging; dass diese Explosion künstlich veranstaltet wurde, würde sich vielleicht erst aus der Behebung der Versicherungssumme und aus Umständen, welche einerseits auf einen durch dieselbe erlangten unverhältnissmässigen Gewinn, andererseits auf die Vorbereitungen der That sich bezögen, ergeben haben. Sehr leicht hätte sich dann aber die Sache auch noch so gestalten können, dass nur durch einen künstlichen Beweis beide Endpunkte mit einer und derselben Person in Verbindung gebracht werden konnten; und so gewiss gerade das Zusammentreffen der an zwei so entlegene Punkte anknüpfenden Beziehungen bei derselben Person geeignet wäre, die Ueberzeugung von der Schuld des Angeklagten zu bestärken, so gewiss würde ein irreführendes Element in der Kette dieser Beweisführung geeignet sein, über das Gesammtergebniss eine nur durch Aufdeckung dieses einen Fehlers zu vermeidende Täuschung hervorzurufen.

[44] Lehrb. des Criminalpr. § 54.

bedingen (Stübel[45], Henke[46]), — oder wie noch weiter gehende Gliederungen, welche sich ergeben, je nachdem man die Zurechnung der materiellen That von der der Schuld, die Schuld bezüglich des Delictsbegriffes von den den Grad der Schuld bedingenden Verhältnissen trennt[47], nur die Bedeutung einer Zerlegung der Gegenstände des Beweis- oder vielmehr des Strafverfahrens; die Einreihung der einzelnen Fragen ist ohne entscheidende Bedeutung; der Werth solcher Aufstellungen liegt nur darin, dass auf die erforderliche Vollständigkeit der Erhebungen und Beweisermittelungen hingewiesen wird.

Von viel grösserer Wichtigkeit ist die Sonderung der Gegenstände des Beweises nach dem Gesichtspunkt der Eintheilung in Anschuldigungs- (Belastungs-) und Vertheidigungs- (Entlastungs-) Beweis. Diese Eintheilung steht im engsten Zusammenhange mit der Lehre von der Beweislast im Strafprozess.

§ 4. Materielle Beweislast[48].

I. Alle Bemühungen des Gerichtes und der Parteien, Licht über eine bestimmte Thatsache zu verbreiten, können erfolglos bleiben; das

---

[45] Criminalverfahren § 653.

[46] Darstellung des gerichtl. Verf. in Strafsachen § 88.

[47] Darauf führt schon die scheinbare Dreitheilung bei Abegg, Lehrbuch § 74. — Mittermaier, Handbuch des Strafverf. I § 61 bezeichnet als „Hauptgegenstände der richterlichen Untersuchung“: „a. Thatbestand, b. die Gewissheit des Thäters, c. die Ausmittelung seiner Zurechnungsfähigkeit, d. die Ausmittelung der Art und des Umfanges seiner verbrecherischen Willensbeschaffenheit und der Grade derselben, e. Herstellung aller Umstände, welche auf die Strafanwendung als schärfende oder mildernde Gründe, straferhöhende oder -mindernde Umstände Einfluss haben und die Strafausmessung bestimmen“ . . .

[48] Planck, Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter. 1879. § 110, bes. B II S 117—120. Kries, Der Beweis im StP des Mittelalters. 1878. S 39. 51. 57. 58. 69. Mathaeus, l. 48 tit. 16 c. 1 n. 20. Böhmer, Meditationes ad CCC art. 131 § 56 p 609. Hartmann, De onere probandi in causis criminum. 1845. Reyscher, De confess. limitata p 21, und im Anhang hiezu p 54 sq. Wächter. Mittermaier, Lehre vom Beweis § 17 S 141 ff. 281. Derselbe, Das deutsche Strafverfahren II §§ 141. 187. 188 S 107. 510 ff. Henke, Darstell. § 97. Derselbe, Handb. IV 420 ff. Müller § 93 Anm 9—12 § 97 Anm 3 § 140 Anm 5. Bauer, Lehrbuch des StP §§ 97—99. 105. 110—113. 244. Derselbe, Abhandlungen II 259 ff. III 171. Abegg, Lehrb. d. gem. Criminalpr. §§ 93. 94. Heffter § 615. Martin, Lehrbuch § 12 Anm 15. 16. Preuss. CGO §§ 363—367. Bayer. StG v. 1813 A. 336—343. Kitka, Beweislehre S 31. 32. Zachariä, Handb. II 413—416. 419—421. Dollmann, System d. bayer. StPR § 53. v. Bar, Recht und Beweis § 37 S 198 ff. Oppenhoff, Ges über preuss. Strafverfahren, zu § 22 Nr 59. 60. Geyer in HH I 211 ff. John, Das deutsche StPR §§ 28—30.

Ergebniss der Beweisführung ist dann, dass jene dem Richter zweifelhaft bleibt. Sie ist nicht erwiesen, und sofern das Gesetz eine be-

---

S. Mayer, Handbuch des österreich. StPR II 251 zu § 3 Bem 5. 6. GA 1853 S 381 ff.; 1855 S 32 ff. (Küssner); 1855 S 49—57; 1875 S 177 ff. Binding, Die Normen B II S 605 ff., speciell S 609. Derselbe, Grundriss § 77. Vargha, Vertheidigung S 462 ff. Schletter, Jahrbücher II 160—162 Nr 9—10, V 171 Nr 22, VI 223 Nr 18, VII 130 Nr 8. Best § 347. Greenleaf I §§ 74—81, III § 24. Taylor §§ 337 sq. Stephen, Digest art. 93—96. Derselbe, General view ch. VII sect. IV p 303. 304. Bonnier §§ 36. 37, I 31—34. Glaser, Anklage.. im engl. Schwurgerichtsverf. S 336 Nr 4 S 366 b. — Die hier angeführte Literatur beschränkt sich nicht auf die hier zunächst besprochene Frage, sondern umfasst den ganzen Einfluss der Parteistellung und des Parteiinteresse auf den Beweis, dessen Eintheilung in der Richtung von Anschuldigungs- und Vertheidigungsbeweis und die verschiedenen mit dem Worte „Beweislast" verbundenen Vorstellungen. In letzterer Hinsicht wird nicht nur der Unterschied zwischen materieller und formeller Beweislast oft übersehen, sondern es werden unter den Gesichtspunkt der Beweislast auch Fragen gebracht, welche eine abgesonderte Behandlung fordern, so namentlich, ob das Gericht einen bestimmten Thatumstand, beziehungsweise das Nichtvorhandensein eines solchen, zu prüfen habe, auch wenn derjenige, dessen Interesse davon abhängt, eine hierauf abzielende Behauptung gar nicht aufstellt. Daran knüpft sich die Frage nach der Nothwendigkeit ausdrücklicher Feststellung bestimmter Thatumstände im Urtheile, und in weiterer Reihenfolge die nach der Zulässigkeit von ausdrücklichen Fragen an die Geschworenen zum Zweck der Feststellung bestimmter Umstände. — In der älteren Theorie spielt die Lehre vom favor defensionis hier eine der Willkür jeden Zugang erleichternde Rolle. Es hängt dies zum Theil damit zusammen, dass man es unmöglich rechtfertigen konnte, die Strenge der formellen Beweisvorschriften, die im Interesse der Angeklagten aufgestellt wurden und die zum Theil willkürliche Beschränkungen des Richters bei der Beweiswürdigung mit sich brachten, gegen den Beschuldigten walten zu lassen. Ein Ausläufer dieser Erleichterung der Lage der Beschuldigten ist noch § 337 des bayer. StG v. 1813 und § 289 der württ. StPO v. 1843, wonach der blosse Mangel von Förmlichkeiten einem zur Vertheidigung dienenden Beweismittel nichts von seiner Wirksamkeit benimmt. Diese Bestimmung (s. übrigens Zachariä, Handb. II 415 Anm 10) ist durch die Freiheit der Beweiswürdigung gegenstandlos geworden. Ein zweites einflussreiches Element war die Nichtunterscheidung zwischen dem Gegenbeweis gegen den Anschuldigungsbeweis, der seinen Zweck schon erreichen muss, sobald er das Ergebniss des letzteren zweifelhaft macht, und dem Beweis selbständiger Einreden. (S. z. B. bayer. G Art. 342.) In ersterer Hinsicht ward dem Beschuldigten nicht einmal sein volles Recht zu theil, wenn gesagt wurde, dass „auch ein unvollständiger Entschuldigungsbeweis, falls solcher bis zur Wahrscheinlichkeit (halber Beweis) gebracht ist", genügt (Bauer, Lehrbuch § 112), oder dass eine Entschuldigungsthatsache schon dann als vorhanden angenommen werden darf, wenn sie auch nur wahrscheinlich gemacht ist (§ 271 der bad. StPO v. 1845, § 290 der württ. StPO v. 1843). So lange der Richter nicht von deren Gegentheil überzeugt ist, ist er von der Schuld überhaupt nicht überzeugt. — Wenn man aber diese Grundsätze auf den Entschuldigungsbeweis im materiellen Sinn, auf den Beweis strafrechtlicher Exceptionen übertrug, so geschah es mitunter, weil

stimmte Entscheidung davon abhängig macht, dass jene Thatsache vorhanden sei, kann diese Entscheidung nicht ergehen. Der Richter handelt also, wenn ihm die Thatsache zweifelhaft bleibt, so, als wäre das Gegentheil derselben erwiesen. Und hierin liegt für den Betheiligten die Gefahr, dass der Zweifel des Richters ihm denselben

---

man den Unterschied ganz übersah, noch häufiger aber, weil man unter dem Einfluss der Carolina und älterer gemeinrechtlicher Schriften als Gegenstand strafrechtlicher Exceptionen Thatumstände ansah, welche bei richtiger Beurtheilung als Verneinungen eines Elementes des Anschuldigungsbeweises erscheinen. So mildert z. B. Grolman § 142 den zu weit gehenden Ausspruch: „die ausserordentlichen Gründe, welche von der Verbindlichkeit, die Rechte anderer ... zu achten, entbinden können, sind übrigens, eben weil sie Ausnahmen von der Regel sind, nicht zu vermuthen“, durch den Zusatz, die Beweislast werde für den Beschuldigten erleichtert durch das Genügen von „Vermuthungen, welche die Entschuldigung als eine nicht blos affectirte darstellen“ (Beispiel: Nothwehr Art. 143 CCC). Aehnlich bei Abegg, Lehrbuch § 94 S 151, bei welchem allerdings auch die Strenge der gesetzlichen Beweistheorie und die beharrliche Ableugnung der Beweiskraft der Indicien eine Rolle spielt, der aber die Nothwehr vor Augen hat, wenn er verlangt, dass „bei theilweiser Entschuldigung zu Gunsten des Angeschuldigten gesprochen werden müsse, nicht weil dieser Entschuldigungsbeweis nur wahrscheinlich ist, sondern weil unter dieser Voraussetzung der sog. Anschuldigungsbeweis nicht vollständig sein kann“. Mit Bewusstsein geht allerdings auch über diesen Unterschied Mittermaier, Strafverfahren II § 188 Nr 8 hinaus: „Selbst bei der Behauptung solcher Thatsachen, welche die ganze Anschuldigung als begründet erkennen lassen, aber . . . nach dem verübten Verbrechen hinzukamen . . ., kann man nicht von Einreden im civilrechtlichen Sinne sprechen; denn auch hier muss die Rücksicht entscheiden, dass die mildeste Meinung siege, und daher auch schon die Wahrscheinlichkeit der Vertheidigungsthatsachen zum Besten des Angeschuldigten wirken muss“. (Ueber den Wechsel der Ansichten Mittermaiers, welcher in den verschiedenen Auflagen seiner Werke hier hervortritt, s. Bauer, Abhandl. II 273.) Ohne Zweifel übte die Willkür der gesetzlichen Beweistheorie auf diese Willkür Einfluss. Allein heute, wo der Richter nach freier Ueberzeugung urtheilt, fehlt es an jedem Vorwand, ihn aufzufordern, einen Spruch zu fällen, dessen gesetzliche Voraussetzungen ihm nicht gewiss, nur wahrscheinlich sind. — Dagegen ist die berechtigte Unterscheidung zwischen Umständen, welche das Nichtvorhandensein der Schuld oder doch der vollen Schuld darthun, und Gründen der Nichtanwendung des Strafgesetzes trotz nachgewiesener Schuld im Hauptpunkt berücksichtigt in der ö. StPO v. 1853, welche im § 197 Z. 2 fordert, „dass Thatsachen erwiesen vorliegen, welche die Strafbarkeit der Handlung aufheben“; ebenso im § 289 a und b daselbst: „wenn sich zeigt“, „wenn sich herausstellt“ u. s. w. — Während Rosshirt, Entw. der Grunds. des Strafrechts. Heidelb. 1828. S 226 ff. die Behauptung aufstellte, dass im Strafprozessrecht überhaupt keine Exceptionen stattfinden, lässt Bauer, Abhandl. II 274 sich durch seine richtige Unterscheidung zwischen den verschiedenen Objecten des Entschuldigungsbeweises nicht abhalten, die Frage, ob es jederzeit einer ausdrücklichen Feststellung des Nichtdaseins von Schuldausschliessungsgründen bedürfe, mit der Frage der nothwendigen Gewissheit, bei einmal darüber aufgetauchtem Zweifel, zu verwechseln.

Schaden bringe, wie die Gewissheit des Gegentheils der seinem Interesse entsprechenden Behauptung. Diese schon aus dem blossen Misslingen des Beweises drohende Gefahr begründet die Beweislast im materiellen Sinn; sie trifft denjenigen, dessen Interesse darunter leiden muss, wenn eine bestimmte Thatsache nicht erwiesen, der Richter von ihrer Wahrheit nicht überzeugt werden kann. Die juristische Folgerichtigkeit fordert, dass die gesetzlichen Bestimmungen nur auf den von ihnen vorausgesetzten Sachverhalt angewendet werden; die Fehlbarkeit menschlicher Forschung bewirkt aber, dass ein Sachverhalt wahr sein kann, ohne erweisbar zu sein. Wissenschaft und Gesetzgebung müssen daher ihrerseits auf diesen Conflict gefasst sein und haben sich die Frage zu stellen, ob es wünschenswerther sei, dass eine Anordnung ausgeführt werde, obgleich ihre Voraussetzungen vielleicht nicht vorhanden sind, oder dass sie unausgeführt bleibe, obgleich letztere vielleicht vorhanden sind. Hierauf soll der Gesetzgeber bei jeder Anordnung, die er trifft, Bedacht nehmen; der Richter muss annehmen, dass dies geschehen sei. Wenn nun der Gesetzgeber nicht erkennbar dem Willen Ausdruck gegeben hat, dass jener sich mit zweifelhaften Voraussetzungen einer bestimmten gesetzlichen Anordnung begnüge, wird er das Gesetz nur anwenden, wenn er den Fall, auf den es berechnet war, als eingetreten ansieht.

Im Strafprozess kann es nicht zweifelhaft sein, dass diese Grundsätze wesentlich dem Angeklagten zu statten kommen. Gegen ihn wird ein Anspruch, der Strafanspruch, erhoben; dessen Statthaftigkeit muss erwiesen sein. Alle Voraussetzungen, von welchen das Gesetz denselben abhängig macht, bilden in diesem Sinne den Gegenstand des Anschuldigungsbeweises. Bleibt eine zweifelhaft, so ist der Anschuldigungsbeweis misslungen, der Strafanspruch unhaltbar, der Angeklagte freizusprechen. Insofern trifft die materielle Beweislast die Anklage, nicht die Vertheidigung, und gilt der Satz: In dubio pro reo!

Dies gilt für die Frage nach dem Vorhandensein der strafbaren Handlung, also aller Elemente des objectiven und subjectiven Thatbestandes, mögen sie solche sein, welche das Gesetz bei der Beschreibung des speciellen Delictes fordert, oder welche sich aus den im sog. allgemeinen Theile aufgestellten Bedingungen der Strafbarkeit ergeben. Es gilt ferner nicht blos, soweit es sich um die Verwirklichung des Delictsbegriffes handelt, sondern auch bezüglich der im Gesetz aufgestellten, eine strengere Bestrafung bedingenden Umstände. Sind letztere nicht erwiesen, so kann die strengere Strafe nicht angewendet

werden. In dubio in mitius! Es kann das Ergebniss der Beweisführung möglicherweise nur so weit zweifelhaft sein, dass mehrere Gestaltungen des Sachverhaltes denkbar sind, aber keine solche, welche den Fall der Anwendbarkeit eines bestimmten Strafgesetzes entzieht, oder doch keine solche, welche nicht noch einen strafbaren Sachverhalt übrig lässt. (Vgl. oben S 65 VII.) Im ersten Falle bleibt also nur zweifelhaft, welche von mehreren äquipollenten Thatsachen eingetreten sei, und die Strafbestimmung, deren Anwendung jede derselben rechtfertigen würde, ist ungeachtet des Zweifels anwendbar. Im zweiten kann nur dann angenommen werden, dass die schwerere Strafbestimmung nicht anwendbar ist, wenn zugleich angenommen wird, dass die Voraussetzungen der milderen gegeben seien; die Nichtanwendung der ersteren fordert daher die Anwendung der letzteren. Ein Mordversuch wäre erwiesen, zweifelhaft nur, ob der hierauf erfolgte Tod des Angegriffenen durch denselben herbeigeführt ist oder nicht; handelt es sich dabei um einen Angriff auf den deutschen Kaiser oder auf den Landesherrn des Bundesstaates, in welchem die That verübt wurde, so sind Versuch und vollbrachtes Verbrechen äquipollente Thatsachen, und es steht der Anwendung des § 80 deutsches StGB nichts entgegen; handelt es sich um einen anderen Mord, so besteht jedenfalls kein Grund, von der Strafe des versuchten Mordes abzusehen. Ist es im Falle des § 117 StGB gewiss, dass der Angeklagte unter den dort vorausgesetzten Umständen sich einer Axt bedient habe, und nur zweifelhaft, ob er sie über dem Beamten geschwungen habe, um ihn zu bedrohen, oder ob er damit einen Schlag gegen denselben geführt habe, so ist gewiss, dass einer von zwei für dieses Delict äquipollenten Umständen vorhanden sei, und kein Zweifel vorhanden, welcher der Anwendung der Strafbestimmung entgegen steht. Ist der Richter nur darüber im ungewissen, ob derjenige, welcher bei einer Schwangeren Mittel zur Abtreibung der Leibesfrucht angewendet hat, dies gegen ihren Willen, oder ob er es mit ihrer Zustimmung gethan hat, so wird ihn dieser Zweifel von der Anwendung der §§ 219 und 220, aber nicht von der des § 218 StGB abhalten. Beruht die Annahme, dass die Mutter von der Abtreibung gewusst und ihr zugestimmt hat, darauf, dass sie dem anderen etwas gegeben, was als Entgelt erscheinen kann, so kann der Zweifel nur dahin führen, dass § 219 angewendet wird, da nur zwischen den Voraussetzungen dieses § und des § 220 zu wählen ist[49].

---

[49] Hier ist immer nur von Zweifeln die Rede, welche der einzelne Richter hegt und bei welchen er zu erkennen vermag, dass er nur zwischen zwei Alternativen



II. Trifft sonach die Anklage die Beweislast bezüglich aller den Strafanspruch begründenden Thatsachen, so ändert sich das Verhältniss, sobald diese Thatsachen festgestellt sind und nun andere Thatsachen behauptet oder als möglich ins Auge gefasst werden, welche, ohne den Bestand und die Natur der den Strafanspruch begründenden in Frage zu stellen oder zu ändern, dennoch bewirken, dass demselben keine Folge gegeben werden darf. Wie im Civilprozess der Satz gilt: Reus excipiendo fit actor, so muss auch im Strafprozess aus den oben angegebenen Gründen der Richter dem Strafanspruch Folge geben, wenn die das Fundament einer strafrechtlichen Einrede (Exception) bildenden Thatsachen zweifelhaft bleiben, also nicht erwiesen sind. Bezüglich derselben trifft somit die materielle Beweislast den Angeklagten.

Dies ist bei prozessualen Einreden und den auf Strafaufhebungsgründe gestützten materiell-rechtlichen Einreden so einleuchtend, dass es einer längeren Ausführung wohl nicht bedarf. Wer z. B. die exceptio rei judicatae erhebt, regt damit nicht einmal einen Zweifel dagegen an, dass alles verwirklicht sei, wovon das Gesetz den Strafanspruch abhängig macht; er behauptet eine selbständige Thatsache, welche der Geltendmachung des an sich begründeten Strafanspruches entgegensteht. Wenn dem Richter zweifelhaft bleibt, wann die That begangen wurde und er in Folge dessen nicht feststellen kann, dass die Voraussetzungen der Verjährung eingetreten seien, so wird ihm dadurch keine der Thatsachen zweifelhaft, von denen das Vorhandensein der strafbaren Handlung abhängt.

Allein in anderen Fällen, wo es sich um eine Thatsache handelt, welche bewirkt, dass die Handlung vermöge einer besonderen gesetzlichen Anordnung nicht gestraft werden soll, obgleich das, was regelmässig zum Begriffe derselben gefordert wird, eingetreten ist oder

schwanke, jede dritte, welche sich der Anwendung des Gesetzes entgegenstellen würde, aber ausgeschlossen ist. Bei Abstimmungen von Collegien, wo nicht der einzelne zwischen mehreren Möglichkeiten schwankt, sondern jeder eine andere für verwirklicht erachtet, wird die Ausschliessung jeder nicht äquipollenten oder doch den geringeren Grad der Strafbarkeit bedingenden Möglichkeit nicht festzustellen sein. Auch abgesehen davon ist zwar die Meinungsverschiedenheit mehrerer Glieder einer zur Urtheilsfällung berufenen Collectivperson den den einzelnen erfüllenden Zweifeln ganz analog, aber wo das Gesetz nicht diese Analogie zum Ausgangspunkt positiver Anordnungen macht, wird doch für die Abstimmung des einzelnen seine bestimmte Ueberzeugung maassgebend sein, die für ihn durch die noch so bestimmte Ueberzeugung eines anderen nicht abgeschwächt und unwirksam gemacht werden kann.

scheint, dreht sich die Frage, ob jene eine materiell-rechtliche Exception begründe, im Kreise: es handelt sich immer darum, ob das Vorhandensein einer bestimmten Thatsache eine negative Bedingung der Anwendbarkeit einer Strafbestimmung ist, oder ob eine positive Bedingung der Nichtanwendbarkeit einer an sich anwendbaren Strafbestimmung aufgestellt ist; im ersten Fall wird nur ein Element des Anschuldigungsbeweises bestritten, im zweiten eine strafrechtliche Exception geltend gemacht. Da aber die Frage, ob das eine oder das andere eintrete, — an sich allerdings materiell-rechtlicher Natur — doch überwiegend, wenn auch nicht ausschliesslich, wegen ihrer Rückwirkung auf die Beweislast Bedeutung hat, so muss hier auf dieselbe näher eingegangen werden. Sehr häufig handelt es sich um Thatumstände, die das Gesetz zwar ausdrücklich hervorgehoben hat, um für den Fall ihres Eintretens die Straflosigkeit des Angeklagten unbedingt zu sichern, die sich aber doch nur als Verneinungen positiver Voraussetzungen der Anwendung bestimmter strafgesetzlicher Bestimmungen darstellen. Dies ist unzweifelhaft der Fall beim Thatirrthum (§ 59 StGB), bei der Unzurechnungsfähigkeit (§ 51 das.)[50], beim physischen Zwange und bei dem psychischen, welchen das Gesetz diesem gleichstellen wollte (§ 52 das.)[51]. In all diesen Fällen liegt die Sache so, dass, wenn das Gesetz die Frage gar nicht ausdrücklich entschieden hätte, dem Richter die Anwendbarkeit der Strafbestimmung so lange zweifelhaft bliebe, als er Grund hat, es als möglich anzusehen, dass einer jener Zustände vorhanden gewesen sei. In anderen Fällen mag es zweifelhaft sein, ob die Theorie, sich selbst überlassen, zu dem gleichen Resultat gelangt wäre; allein es ist nicht zweifelhaft, dass das Gesetz sie den angeführten gleichgeachtet wissen wollte, ihnen dieselbe juristische Natur beimass, so z. B. dem aus jugendlichem Alter und dem Zustande der Taubstummen erwachsenden Mangel an Einsicht (§§ 55. 56. 58) und dem Nothstande (§ 54)[52]. In

---

[50] Vgl. oben S 46—61 (II und III).

[51] Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht § 124.

[52] Hälschner a. a. O. §§ 195 ff. Nach der Auffassung Hälschners S 489 handelt der Thäter im Nothstande „mit einer Willensbestimmung, durch welche die Zulässigkeit der Strafe ausgeschlossen erscheint . . . Nicht in unsittlicher Missachtung des Rechtes, nicht in schuldhafter Ueberhebung seiner Willkür über die rechtliche Norm, sondern umgekehrt in sittlicher Hingabe an das Recht und seine Zweckbestimmung . . . hat er gehandelt. Unter solcher Voraussetzung fehlt . . . der eigenthümliche Widerspruch des Willens wider die rechtliche Norm, der allein die Strafe fordert und rechtfertigt, und eine jede Bestrafung der Nothstandshandlung würde, weil zwecklos, auch rechtlich grundlos erscheinen“.

all diesen Fällen verneint das Gesetz im allgemeinen, statt des Richters, der es von Fall zu Fall thun müsste, das Vorhandensein des dolus; beruft sich der Angeklagte auf solche Zustände, so führt er eigentlich einen indirecten Gegenbeweis gegen den der Anklage obliegenden Beweis des dolus; gelingt der Gegenbeweis auch nicht vollständig, so kann er wie jeder Gegenbeweis sein Ziel schon dadurch erreichen, dass er unüberwindliche Bedenken gegen die Annahme des dolus erregt.

In anderen Fällen aber liegen die Dinge keineswegs so klar. Hier ist vor allem der Nothwehr zu gedenken. Wer sich auf Nothwehr beruft, bestreitet nicht seine Zurechnungsfähigkeit, er verneint keine der Thatsachen, welche regelmässig dargethan sein müssen, damit seine Schuld für erwiesen erachtet werden könne, und deren Nachweis regelmässig zur Verurtheilung ausreicht; es ist daher erklärlich, dass man vielfach geneigt war, die Geltendmachung der Nothwehr als die einer strafrechtlichen Exception anzusehen und dem Angeklagten die Beweislast aufzubürden[53]. Man musste dazu um so mehr hin-

---

Mag man aber auch so weit nicht gehen, in der Nothstandshandlung eine „sittliche Hingabe an das Recht" zu sehen, mag man sie auch nur als unsträflich ansehen, „weil der Gesetzgeber billigerweise nicht fordern dürfe" (richtiger: es nicht unter Strafandrohung fordern dürfe), „dass der Mensch unbedingt und in allen, selbst den schwersten Collisionsfällen das eigene Interesse der Forderung des Rechtes" (richtiger dem Rechte) „unterordne" (a. a. O. S 491), — immer handelt es sich um eine die sittliche Natur der Handlung, ihr innerstes Wesen berührende Modification; man beurtheilt die Handlung ganz falsch, wenn man diesen Ursprung derselben etwa misskennt. Der Beweis des Nothstandes kann also vom Beweise der That nicht getrennt gedacht werden, und so lange der Richter es als möglich ansieht, dass die That im Nothstand verübt ist, so lange ist er eben nicht überzeugt, dass sie eine schuldhafte im Sinne des Strafgesetzes ist.

[53] Die in Anm 48 erwähnten Verhältnisse machten sich schon in der Behandlung bemerkbar, welche die Nothwehr in der Carolina erfuhr. Art. 141 legt dem Angeklagten die Beweislast kategorisch auf: „beweist er die nicht, er wird schuldig gehalten". Art. 142 vertheilt die Beweislast zwischen Ankläger und Angeklagtem, indem ersterer beweisen soll, dass der Angriff des Getödteten nicht rechtswidrig oder die Abwehr nicht nöthig war. Art. 143 lässt Indicienbeweis über die Nothwehr in Fällen zu, wo Zeugen der That fehlen: „Daraus kann ein guter, verständiger Richter ermessigen, ob der fürgewendten nothwehr zu glauben sei, und wo die Vermuthung der Nothwehr wider die bekenntliche That statt haben soll, so muss dieselbig Vermuthung gar gut starck bestendig ursach haben". Es ist klarerweise an die Ueberzeugung des Richters appellirt, die aber auf Beweisen ruhen darf, die sonst als solche nicht anerkannt sind. Dies wird im Art. 144 noch speciell durch die Bemerkungen über Nothwehr, die ein Mann gegen ein Weib geübt haben will, illustrirt. — Immerhin war die CCC der Ausgangspunkt dafür, dass einerseits die Nothwehr als Gegenstand einer strafrechtlichen Exception behandelt wurde

neigen, weil man, formelle und materielle Beweislast verwechselnd, die Frage so auffasste, ob in jedem einzelnen Falle, ohne specielle Veranlassung und ohne dass der Angeklagte auf Nothwehr sich berief, der positive Beweis des Nichtvorhandenseins der Nothwehr hergestellt sein müsse. Allein wenn die Sache so steht, dass nach oder ohne Behauptung des Angeklagten Umstände vorliegen, welche auf Nothwehr hinweisen, und der Richter schliesslich im Zweifel darüber bleibt, ob letztere nicht vorhanden war: so bleibt eben ein Zweifel an der Schuld, an der positiven Voraussetzung der Bestrafung. Der Richter ist überzeugt nur von einer solchen Thätigkeit des Angeklagten, welche ebensowohl eine sträfliche als eine nichtsträfliche gewesen sein kann, über dasjenige aber, was die letztere von der ersteren unterscheidet, hat er die erforderliche Gewissheit nicht erlangt; und es handelt sich dabei nicht um etwas äusserliches, das zum Kern der That hinzukäme, unabhängig von ihr gedacht werden kann, sondern um dasjenige, wovon es abhängt, ob die That als eine rechtmässige oder rechtswidrige, als eine solche angesehen werden kann, von welcher der Gesetzgeber will, dass sie nach der im besonderen Theile enthaltenen Beschreibung des speciellen Delicts beurtheilt werde.

Ganz das gleiche ist von den Fällen zu sagen, wo aus anderen Gründen, ungeachtet die im besonderen Theile des Strafgesetzes gegebene Beschreibung der strafbaren Handlung zutrifft und auch der Wille des Thäters auf die Verwirklichung aller daselbst hervorgehobenen Merkmale gerichtet war, die That der Anwendung des Strafgesetzes vermöge der besonderen Umstände, unter denen sie verübt wurde, von Anbeginn an entrückt war; wenn z. B. der Angeklagte in Erfüllung seiner Pflicht handelte (der die Hinrichtung vollziehende Scharfrichter, der operirende Arzt u. s. w.), wenn das Strafgesetz, welches die Handlung für strafbar erklärt, aus Gründen des Ortes oder der Zeit oder der gesetzlich gewährten Immunität (§§ 10 und 11 StGB — etwas analoges enthält auch die Vorschrift des § 193 StGB) auf dieselbe nicht anwendbar war. In all diesen

---

und dass man andererseits auch für wirkliche Exceptionen glaubte mit Wahrscheinlichkeit sich begnügen zu können; siehe namentlich Abegg a. a. O. S 151 Anm 83. Siehe über den Beweis der Nothwehr, ausser den Erwähnungen derselben in den vorstehenden Anmerkungen, besonders Mathaeus in der Anm 48 angeführten Stelle, mit der Formulirung: ut si reus eandem confiteatur, sed jure factam dicat, confessio ejus dividi possit; ebenfalls vom Standpunkt der Theilbarkeit des Geständnisses erörtert die Frage Reyscher, De confessione limitata p 32 ss.

Fällen bleibt die Schuld, oder doch die zur Anwendung dieser Strafbestimmung erforderliche Schuld zweifelhaft, so lange der Richter nicht vom Nichtvorhandensein jener Umstände überzeugt ist. Das gleiche gilt um so gewisser von denjenigen Beschränkungen, welche den Beschreibungen der einzelnen Delicte ausdrücklich beigefügt sind und welche darauf abzielen, rechtmässiges vom strafbaren zu sondern; besteht ein Zweifel darüber, ob der Angegriffene in der rechtmässigen Ausübung seines Amtes oder Rechtes begriffen gewesen (§§ 113. 117 StGB), ob er der zuständige Beamte war (§§ 116. 137 daselbst), ob das Eindringen in einen umschlossenen Raum widerrechtlich war (§§ 123. 124), ob eine Thätigkeit, die nur strafbar ist, wenn sie unbefugt (z. B. §§ 135. 168. 360 Z. 7. 8. 14, 365 Z. 7 u. 11, 368 Z. 9. 11, 369 Z. 1. 2), rechtswidrig (z. B. §§ 303. 304. 305), ohne berechtigt zu sein (§ 341), ohne Genehmigung oder Erlaubniss (§ 360 Z. 1 u. 3, 368 Z. 3 u. 10) u. dergl. geübt wurde, dieses Merkmal an sich trägt, so sind dies durchaus Zweifel an der Schuld des Angeklagten, Zweifel daran, ob sämmtliche Voraussetzungen, von denen der Gesetzgeber die positive Strafbestimmung abhängig machen wollte, eingetroffen waren, und diese Zweifel müssen dem Angeklagten zu statten kommen.

Anders verhält es sich meines Erachtens mit dem Rücktritt vom Versuche (§ 46 StGB). Wenn die dem § 43 StGB entsprechende Versuchsthätigkeit des Angeklagten erwiesen ist, dann handelt es sich darum, Thatsachen darzuthun, welche die bereits eingetretene Schuld und Strafbarkeit wieder beseitigen. Mag man mit Recht oder Unrecht, zumal wegen der Entstehungsgeschichte des Textes den § 46 StGB materiell-rechtlich als einen Strafausschliessungsgrund statuirend ansehen [54], so kann dies in prozessualer

[54] Die Anerkennung der Straflosigkeit des freiwillig aufgegebenen Versuches hat doch wesentlich criminalpolitische Gründe für sich. Gewiss hat es etwas verlockendes, den Menschen als Herrn auch seiner bereits begonnenen That, als fähig sich zu denken, auch das bereits geschehene ungeschehen zu machen, den schon vorhanden gewesenen Willensakt rückwirkend zu vernichten. (Siehe z. B. Buri in GA 1877 S 268: „Wer zur Erreichung eines Erfolges eine Handlung vornimmt, von deren Bedeutungslosigkeit er überzeugt ist, im Falle er derselben nicht eine weitere Handlung folgen lasse, der macht den Erfolg von seinem demnächstigen freien Willen abhängig". Man muss da freilich fragen, mit welchem Recht gestraft werden kann, so lange dieser Vorbehalt, künftig zu wollen, nicht in einen endgiltigen Beschluss sich verwandelt hat?) Ebenso erscheint es als billig, das Uebergewicht, das dem Willensmoment dadurch verschafft wird, dass der Mensch für das gestraft wird, was nach seinem Willen hätte geschehen sollen, aber nicht geschah, dadurch auszugleichen, dass er wenigstens dann nicht gestraft wird, wenn das von ihm

Hinsicht doch daran nichts ändern, dass mit dem Nachweis des Versuches im Sinn des § 43 StGB den Anforderungen des Schuldbeweises Genüge gethan ist und dass jetzt die Frage entsteht, ob die Voraussetzungen eintreffen, unter welchen das Gesetz die Nichtanwendung einer Strafbestimmung vorschreibt; der Richter muss, um zu letzterer berechtigt zu sein, die Frage mit Bestimmtheit bejahen können: bleibt ein Zweifel, so muss er die Strafbestimmung anwenden, deren Voraussetzungen ihm erwiesen vorliegen[56]. Zu dem gleichen Resultate

---

ursprünglich gewollte nur wegen einer Aenderung seines Willens nicht eintrat. Und so hatte es mehr als redactionelle, jedenfalls geschichtliche, bis auf die Carolina zurückreichende Gründe für sich, wenn das französische und österreichische Strafgesetz und, ersterem sich anschliessend, das preussische Strafgesetz von 1850 den Rücktritt als negatives Element in die Versuchs-Definition aufnahm; das alles kann aber doch nichts daran ändern, dass es überall da, wo Straflosigkeit begründender Rücktritt in Frage kommt, einen Zeitpunkt bereits gegeben hat, wo alle gesetzlichen Voraussetzungen der Bestrafung wegen Versuchs erfüllt waren. („Das Wesen des strafbaren Versuches", sagt Hälschner a. a. O. § 151, „bleibt unberührt von der Frage, ob der Versuch wider den Willen oder vermöge des Willens des Thäters erfolglos blieb"; und Wächter, Deutsches Strafrecht § 76: „Seine Strafbarkeit wird wieder aufgehoben, wenn der Thäter nach begonnenem Versuch von der Weiterführung desselben freiwillig absteht". Schütze § 43 III: „Die Versuchsstrafe ist verschuldet, sobald die Merkmale eines strafbaren Versuches sich verwirklicht haben .. Somit ist ein »Rücktritt« vom Versuche, ein Rückwärtsannulliren des verbrecherischen Willens überall nicht denkbar". Schwarze in HH II 304 f.: „Jedenfalls ist der Rücktritt ein der bereits vorliegenden strafbaren That nachfolgender Umstand". H. Meyer, Lehrbuch § 41 hebt hervor, dass das StGB im Gegensatz zum Code pénal nicht die „Verhinderung durch äussere Umstände positiv als begriffswesentlich für den Versuch" behandelt.) Es handelt sich also nur darum, darzuthun, dass darin eine Veränderung eingetreten ist, also um die gleiche prozessuale Aufgabe wie bei der Verjährung, der Begnadigung, der Strafabbüssung.

[56] Wenn Rüdorff (Ausg. von Stenglein bei § 43 StGB Nr 2) sagt, dass durch die Loslösung des § 46 StGB von § 43 keineswegs dem Angeschuldigten eine Beweislast auferlegt ist", so ist jedenfalls gewiss, dass jene Aenderung nicht zu diesem Zweck vorgenommen wurde und dass die Entscheidung dieser Frage von der Natur der Sache und nicht von der zufälligen Fassung des Gesetzes abhängen muss. Rüdorff zeigt aber sofort, dass er die Frage der Beweislast nicht richtig auffasst, indem er hinzufügt: „Vielmehr ist hier, wie bei den anderen Strafausschliessungsgründen, das Vorhandensein eines solchen von Amtswegen zu berücksichtigen, wenn die besondere Lage des Falles Anhaltspunkte für jenes Vorhandensein ergiebt". (Vgl. Anm 48.) Aber auch sonst wird hier bei Erörterung der „Beweisfrage" der Frage nach der Beweislast nicht ihr Recht. Die Frage, wie sich das Aufgeben des Versuches „manifestiren" müsse (Schwarze, Strafges. Exc. X § XV 4. Aufl. S 108; derselbe in HH d. StR II 309), ist eine Frage des materiellen Rechtes, nicht eine Beweisfrage; es handelt sich darum, was bewiesen sein müsse, damit das „Abstehen" als vorhanden angesehen werden könne (s. schon Bauer,

gelange ich bezüglich des Zweifels darüber, ob der Cartellträger „ernstlich bemüht gewesen", den Zweikampf zu hindern (§ 209 StGB). Dass hier die Unterscheidung von Strafaufhebungs- und Strafausschliessungsgründen nicht ausreicht, ist klar, da das Gesetz weder fordert, dass die Bemühung der Ueberbringung des Cartells vorausgegangen sei, noch eine auf dieses Stadium beschränkte Bemühung für unausreichend erklärt. Es ist aber klar, dass hier neben der das Fundament der Anklage bildenden Thatsache ein ganz selbständiger Sachverhalt vorausgesetzt wird, der die Natur der ersteren in keiner Weise ändert; zweifelt der Richter an der „ernstlichen Bemühung", so ist ihm darum doch kein Element des Thatbestandes zweifelhaft, sondern nur, ob die gesetzlichen Voraussetzungen der Nichtbestrafung vorhanden seien[56]. — Ebenso ist meines Erachtens die materielle Beweislast in all den Fällen zu behandeln, in welchen sonst die rechtliche Natur der Handlung durch nachgefolgte Umstände geändert wird, mögen sie im vorliegenden Falle auch nicht als eigentliche Strafaufhebungsgründe wirken; so bezüglich der im § 5 Z. 1 und 2 StGB erwähnten Umstände, welche bewirken, dass die Verfolgung wegen der im Auslande begangenen That ausgeschlossen bleibt.

III. Nicht unbeträchtlich sind die Schwierigkeiten, welche bezüglich der Beweislast die Milderungsumstände bereiten. Es liegt der Gedanke nahe, solche als vom Anklagefundament unabhängige

---

Abhandlungen I 363). Hier aber handelt es sich um die Frage, was zu geschehen hat, wenn nach Erschöpfung der möglichen Aufklärungsmittel der Versuch feststeht, dagegen nicht feststeht, dass ihn der Angeklagte aufgegeben habe? Vgl. noch Z für . . . Bayern VI 325; Schletters J VI 223 Nr 18.

[56] Einen auffallenden Gegensatz hiezu scheint die Erwiderung der Beleidigung zu bilden. Sie ist — wenn man von der facultativen Beschaffenheit der Anordnung des § 199 StGB absieht — für den Erwiderer Strafausschliessungs-, für seinen Gegner Strafaufhebungsgrund. Das aber ist an sich für den Unterschied nicht entscheidend, der in der Behandlung der beiden bezüglich der Beweislast eintreten muss. Die nachgefolgte Erwiderung ändert durchaus nichts an dem Sachverhalt, auf welchen sich die Anklage wegen der ursprünglichen Beleidigung stützen muss, keine der dazu gehörigen Thatsachen würde unrichtig aufgefasst oder beurtheilt, wenn in Folge eines Irrthums des Richters die Erwiderung mit Unrecht als nicht bewiesen angesehen würde. Dagegen ist die nur zur Erwiderung verübte Beleidigung ihrer innersten Natur nach etwas anderes, als die nicht provocirte; der Richter setzt sich der Gefahr aus, die das Fundament der Anklage bildende That selbst falsch zu beurtheilen, wenn er, im Zweifel, ob sie eine „Erwiderung" war oder nicht, das letztere annimmt. Das führt aber weiter dahin, dass er, wenn es zweifelhaft bleibt, wer von beiden die erste Beleidigung zufügte, diesen Zweifel beiden zu statten kommen lassen muss.

Thatumstände zu betrachten, die zur Gewissheit erhoben sein müssen, ehe dem Richter gestattet sein kann, vom ordentlichen Strafsatz abzugehen, bezüglich deren also die Beweislast den Angeklagten trifft. Allein man darf nicht übersehen, dass auf die Abfassung der Strafgesetzbücher prozessuale Rücksichten nur selten Einfluss üben, und am allerseltensten Rücksichten auf die materielle Beweislast; es hängt meist von ganz anderen Verhältnissen ab, ob die mildeste oder die schwerste Delictsform als Hauptfall hingestellt, oder ob nicht selbst eine eigentlich nur eine Abstufung desselben Delictes bildende Gestaltung der That als selbständiges Delict aufgestellt wird. Geht man davon aus, so wird man leicht erkennen, dass eigentlich in zahlreichen Fällen, wo es auf einen Milderungsgrund anzukommen scheint, in Wahrheit die That nur in ihrer einfachsten und mindest strafbaren Gestalt feststeht und nun die weitere Frage sich erhebt, ob die Voraussetzungen für die strengere Bestrafung vorhanden seien. Stehen dann vor dem Richter zwei Möglichkeiten, zwischen denen er nicht auf Grund seiner Ueberzeugung, dass die eine, nicht die andere verwirklicht sei, wählen kann, so muss er nach dem oben entwickelten Grundsatz für die den Angeklagten weniger belastende sich entscheiden. So wenn es bei der Tödtung eines ausserehelichen Kindes durch seine Mutter sich nicht feststellen lässt, ob die Tödtung gleich nach der Geburt oder einige Tage später erfolgte, — wenn ein Kind todt gefunden wird, und es zweifelhaft bleibt, ob dasselbe in auf Tödtung gerichteter Absicht der Unbill der Witterung u. s. w. ausgesetzt und also getödtet wurde, oder ob nur die Voraussetzungen der Kindesaussetzung eintreffen u. dergl. Dasselbe gilt aber auch, wenn es zweifelhaft bleibt, ob Tödtung eines Einwilligenden, Tödtung im Duell oder Mord vorliegt: die Beweislast fällt somit nicht auf den Angeklagten. Um so mehr muss aber das gleiche in denjenigen Fällen gelten, wo es sich um einen Milderungsumstand im technischen Sinne, d. h. um eine niedrigere Abstufung desselben Delicts handelt, wie im Fall des § 157 StGB. Genaue Betrachtung zeigt, dass es bezüglich der Milderungsumstände sich ganz so verhält, wie bezüglich der die Strafbarkeit der Hauptthat beseitigenden Thatsachen; sie sind entweder mit letzterer so verknüpft, dass die That selbst in ihrer wahren Beschaffenheit nicht erkannt ist, so lange das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein des Milderungsgrundes nicht aufgeklärt ist; oder sie sind in ihrer Existenz von der Hauptthat ganz unabhängig, die Natur der letzteren wird durch die Milderungsgründe gar nicht berührt, was hauptsächlich von denjenigen gilt, welche den Charakter

partieller Strafaufhebungsgründe zeigen, d. i. aus der That nachgefolgten Thatsachen sich ergeben (wie z. B. § 7, § 158 StGB, oder die Bestimmung des österreichischen StG § 231, wonach bei Verbrechen, über welche die Todesstrafe verhängt ist, nach Ablauf von 20 Jahren unter den sonst für die Verjährung geltenden Bedingungen Freiheitsstrafe eintritt u. s. w.). Nur in solchen Fällen trifft bezüglich des Milderungsumstandes die Beweislast den Angeklagten.

IV. Man kann also bezüglich der materiellen Beweislast[57] als Ergebniss aufstellen: Gegen den Angeklagten muss alles bewiesen sein, was die Anwendung dieses bestimmten Strafgesetzes positiv bedingt, und dasjenige, was als negative Bedingung derselben erscheint, soweit es sich nicht um Thatumstände handelt, welche die Voraussetzungen solcher gesetzlichen Bestimmungen verwirklichen, welche verordnen oder gestatten, dass, ungeachtet die That in derjenigen juristischen Beschaffenheit und in der Art und dem Grade von Schuld, welche das Gesetz voraussetzt, ins Leben getreten ist, zu Gunsten des Schuldigen von der Strafbestimmung oder doch von der vollen Strenge der Strafbestimmung abgegangen werde. Den Angeklagten trifft also die Beweislast bezüglich aller prozessualen Einreden, der Strafaufhebungsgründe und bezüglich der im vorstehenden nicht unter die Beweislast der Anklage verwiesenen Strafausschliessungs- und Milderungsgründe. In diesem Sinne bilden die letzteren den Gegenstand des Entschuldigungs- oder Entlastungsbeweises, die ersteren den des Anschuldigungs- oder Belastungsbeweises (Inculpationsbeweis, probatio aggressiva s. offensiva); dabei versteht es sich von selbst, dass die Beweislast der Anklage nicht etwa so zu verstehen sei, dass sie unter allen Umständen den Beweis „der Abwesenheit aller Exculpationsmomente“ auch da zu liefern habe, wo solche thatsächlich nicht angeregt sind[58].

---

[57] In der vorstehenden Untersuchung ist § 262 StPO mit Bedacht nicht herangezogen worden, obgleich die daselbst aufgestellte Bestimmung des Umfanges der Schuldfrage der Hauptsache nach auch die Ergebnisse der hier geführten Untersuchung zu bestätigen scheint. Es kann nämlich keinem Zweifel unterliegen, dass für diese Aufstellung nur die Bedürfnisse der Abstimmung und die im Gesetze vorgeschriebene künstliche Mehrheit maassgebend waren, und schon die Fragestellung an die Geschworenen wieder theilweise abweichend geregelt ist.

[58] Schwarze in Schletters J IV 1858 S 43.

§ 5. Formelle und factische Beweislast[59].

Im Civilprozess fallen der Hauptsache nach materielle und formelle Beweislast zusammen. Die Thatsachen, aus welchen der Klageanspruch oder selbständige Repliken abgeleitet werden, muss der Kläger, diejenigen, aus welchen Exceptionen und (selbständige) Dupliken abgeleitet werden, der Beklagte anführen und die Anführung durch Angabe und Herbeischaffung der Beweise unterstützen; sonst darf der Richter die Thatsachen nicht berücksichtigen, die Beweise nicht sich verschaffen.

Im Strafprozess bestehen solche Beschränkungen der richterlichen Thätigkeit nicht. Die Anklage (oder was deren Stelle in Bezug auf die Ergreifung der Initiative ersetzt) stellt dem Richter einen bestimmten Vorfall hin, mit der Aufforderung, ihn in rechtlicher und thatsächlicher Hinsicht allseitig zu prüfen und zu beurtheilen. Innerhalb der so gezogenen Grenzen ist der Richter durch den Willen der Parteien in keiner Weise beschränkt und durch deren Verhalten nicht der Obsorge dafür entbunden, dass das Gesetz nur auf die Fälle angewendet werde, welche dessen Voraussetzungen wirklich entsprechen, und dass verhütet werde, dass die Strafrechtspflege, welche gegen wirkliche Uebel Abhilfe schaffen soll, selbst die Quelle von Uebeln werde, welche ohne sie nicht vorhanden wären. Es ergiebt sich hieraus die Pflicht des Gerichtes, die erkannte Wahrheit rückhaltlos anzuerkennen, die ihm zugänglichen Mittel der Erkenntniss derselben vollständig und gewissenhaft auszunutzen, ohne sich darin durch die entgegengesetzten Wünsche der Parteien, durch Fehler, die sie etwa begehen, durch ihre Unbeholfenheit oder das Nichtausreichen ihrer Mittel beirren zu lassen. Im allgemeinen darf es allerdings darauf rechnen, dass die Parteien nicht unterlassen werden, Thatsachen und Beweise, welche der Unterstützung ihrer Ansprüche dienlich scheinen, mit allen möglichen Mitteln geltend zu machen; und der Begriff des Anklagegrundsatzes (der contradictorischen Verhandlung) bringt es mit sich, dass auch das Recht der Parteien anerkannt werden muss, in dieser Weise thätig zu sein, und dass ihnen dazu ausreichende Gelegenheit geboten werden muss. Es ist dies aber ihr Recht, und die Unterlassung der vollen Ausübung desselben entbindet das Gericht nicht der Pflicht, die von ihnen etwa nur angedeuteten oder ihm selbst aufstossenden erheblichen Thatsachen und Beweismittel in volle Klarheit zu setzen und das von ihnen gänzlich unterlassene, aber sich für die

[59] Siehe die Anm 48 angeführte Literatur.

volle Aufklärung der Sache nothwendig oder zweckdienlich darstellende selbst zu veranlassen.

Insofern kann von einer beweispflichtigen Partei und von einer formellen Beweislast, d. i. von einer aus der Parteistellung fliessenden Pflicht der Partei, für ihr Interesse erhebliche Thatsachen anzuführen und die zur Darthuung derselben erforderlichen Beweise herbeizuschaffen, so dass die Nichterfüllung dieser Verbindlichkeit die Nichtberücksichtigung der fraglichen Thatsachen rechtfertigen oder gar dem Gericht zur Pflicht machen würde, im Strafprozess keine Rede sein; und dies gilt auch von solchen Thatsachen, bezüglich welcher der Angeklagte die materielle Beweislast trägt. Hieran ändert es namentlich auch nichts, wenn das Gesetz Beweiserleichterungen für die Anklage dadurch geschaffen hat, dass es die Beweislast verschiebt. Diese Bestimmungen sind natürlich zunächst aus sich selbst zu erklären. Sie werden aber in der Regel nur die materielle Beweislast verschieben, allenfalls auch die Behauptungspflicht dem Angeklagten auferlegen, die Grundsätze über das formelle Verhalten des Gerichts zum Beweis aber unberührt lassen; jedenfalls muss dies angenommen werden, wo nicht deutlich zu erkennen ist, dass das Gesetz etwas anderes wollte [60].

Das Strafgericht wird also erhebliche Thatsachen und Beweise niemals aus Gründen der nicht erfüllten formellen Beweispflicht, weil jene nicht ausdrücklich behauptet, diese nicht von der Partei und zwar zur Unterstützung dieser Behauptung wenigstens angerufen wurden, unberücksichtigt lassen.

Daraus folgt aber, wie bereits angedeutet wurde, nicht, dass die Parteien im Strafprozess zur Passivität verurtheilt sind. Bei aller Sorgfalt kann das Gericht fehl gehen, erhebliche Beweismittel unberücksichtigt lassen, von anderen einseitig beeinflusst und irregeführt werden. Die Gefahr ist um so grösser, weil Irrthümer des Gerichts unvermeidlich sind, wenn derjenige, welcher am genauesten den Sachverhalt kennt und welcher das entschiedenste Interesse hätte, be-

---

[60] Vgl. über solche Beweiserleichterungen die oben S 41 ff. gemachten Bemerkungen und besonders Binding, Die Normen II 605 ff.; namentlich die Bemerkung a. a. O. S 609 Anm 916, es sei die Belastung des Beklagten cum grano salis zu verstehen. „Selbstverständlich muss er das Entlastungsmoment geltend machen und den Beweis dafür antreten: der Richter hat dann aber gleichfalls im Interesse der Wahrheit thätig zu werden. Das charakteristische dieser Bestimmungen liegt dann also weniger in jener Anerkennung der Beweislast des Beklagten als darin, dass ein Unschuldsbeweis zur Freisprechung erfordert wird und mangelnder Schuldbeweis nicht genügt“.



stimmte Thatsachen und Beweise geltend zu machen, wenn sie vorhanden wären, dieselben nicht hervorhebt. Es ist ferner oben (S 41 ff. S 74 ff.) dargestellt worden, welch grosse Rolle im Beweis und speciell bezüglich des Beweises der Negative die Vermuthung unabweislich spielt, und dass niemand sich dem Einfluss derselben entziehen kann. Eine geradezu widersinnige Rechtspflege würde daraus entstehen, wenn die vorstehend dargelegten Grundsätze über materielle Beweislast ohne Berücksichtigung des regelmässig zu vermuthenden angewendet werden müssten, wenn also, ohne dass von irgend einer Seite eine auf einen Strafausschliessungsgrund abzielende Behauptung oder Andeutung vorgebracht wurde, der positive Nachweis des Nichtvorhandenseins sämmtlicher Strafausschliessungsgründe beigebracht, wenn bei jeder Verhandlung wegen Mordes oder Todtschlags der Nachweis der Nichteinwilligung des Getödteten geführt werden müsste u. dergl.[61]. Und verhängnissvoll wäre es für den Angeklagten, wollte

---

[61] Namentlich im englischen Recht wird auch die Beweislast mit der grösseren oder geringeren Wahrscheinlichkeit des Beweissatzes in Verbindung gebracht. In erster Linie steht allerdings für den Strafprozess die Beweislast des Anklägers: „Das onus, alles zu beweisen, was zur Begründung (establishment) der gegen den Angeklagten erhobenen Beschuldigung wesentlich ist, ruht auf dem Ankläger", sagt Best § 347. „In Criminalprozessen", sagt Stephen, General view ch. IV sect. 4 p 303, „trifft die Beweislast im allgemeinen stets den Ankläger, wenn sie gleich bezüglich einzelner Punkte der Anschuldigung auf den Angeklagten fallen kann. Im grossen ausgedrückt, muss der Ankläger alle Angaben der Anklageschrift beweisen, und es ist schwer, wo nicht unmöglich, sich einen Fall zu denken, wo der Ankläger nicht etwas zu beweisen hätte, sofern der Angeklagte nicht guilty plädirt". Allein so wie Best an anderer Stelle (§ 322) sagt, dass starke Vermuthungen (strong presumptions of fact) die Beweislast verschieben, „auch wenn zu deren Widerlegung der Beweis einer Negative nöthig sein sollte", so sagt auch Stephen a. a. O., nachdem er die durch Specialgesetze bewirkte Verschiebung der Beweislast erwähnt, dass es noch zahlreiche andere Fälle giebt, wo es einen, allerdings nicht leicht zu bestimmenden Punkt giebt, bei welchem angelangt der Ankläger alles geleistet hat, was verständigerweise von ihm gefordert werden kann, und „wo es billig ist, vom Angeklagten eine Erklärung (explanation) zu fordern und aus dem Mangel einer solchen Folgerungen zu dessen Nachtheil zu ziehen", wie z. B. beim Besitz gestohlener Sachen, bei dem Beweis des Vorsatzes. Vgl. übrigens auch a. a. O. p 250—252. Ebenso spricht Best § 433 von dem onus of justifying or explaining acts, which are prima facie evidence. Ueber den Einfluss unterlassener Erklärung verdächtigender Umstände s. Wills ch. III sect. 5 p 65. Umgekehrt bezüglich des Einflusses der zu Gunsten des Angeklagten sprechenden Präsumtionen Best § 486 p 553. — S. auch über den Satz: „Nicht die Regel, sondern die Ausnahme ist zu beweisen", Küssner in GA 1855 S 36. Alles dies ist unvollständige Formulirung des Einflusses der durch den gewöhnlichen Lauf der Dinge begründeten Vermuthung im Sinne einer blossen Interimswahrheit.

er sich bei Herrschaft der freien Beweiswürdigung unter solchen Umständen auf den Mangel ausdrücklicher Nachweise dieser Art verlassen. Aus alle dem ergiebt sich aber, dass weder der Mangel einer formellen Beweispflicht, noch die dem Angeklagten so günstigen Grundsätze über die materielle Beweislast darüber täuschen dürfen, dass die Parteien ein sehr entschiedenes Interesse haben, sich von der Vorbringung der Thatsachen und der Anführung der Beweise und von der Mitwirkung bei dem Beweisverfahren nicht abhalten zu lassen. Es stellt dies gewissermaassen eine factische Beweislast her zum Nachtheile desjenigen, den die Folgen des Uebersehens oder unrichtiger Beurtheilung wahrscheinlich treffen würden. Die Partei wird also, auch wo sie schon obsiegen muss, wenn dem Gegner der Beweis nicht gelingt, dennoch ein Interesse haben, sich darauf nicht zu verlassen, sondern selbst in die Beweisführung einzugreifen. Denn es kann keine Thatsache im Strafprozess zur Sprache kommen, bezüglich deren nicht ein sachliches Interesse einer Partei in einer bestimmten Richtung und eine Gefährdung dieses Interesse durch einen etwaigen Missgriff des Richters anzunehmen ist; und insofern von der Annahme oder Nichtannahme einer bestimmten Thatsache die eine oder die andere Partei eine Gefährdung zu besorgen hat, erscheint bezüglich einer jeden solchen Thatsache die eine Partei als Beweis-Interessent, wenn auch nicht immer die eine als Beweisführer, die andere als Beweisgegner. Hieraus ergiebt sich dann der Gegensatz von Beweis und Gegenbeweis.

Der Gegenbeweis kann nun in der Weise unternommen werden, dass den Gründen für die Annahme einer bestimmten Thatsache Gegengründe entgegengestellt werden; und zwar direct: in der Art, dass jene als Scheingründe dargestellt, ihrer beweisenden Kraft entkleidet werden, oder indirect: indem — ohne dass gegen die für die Thatsache vorgebrachten Beweise angekämpft wird — Thatsachen dargethan werden, deren Wahrheit mit der des Beweissatzes unvereinbar ist. Wird nun das Interesse an Beweis und Gegenbeweis und die hierauf abzielende Thätigkeit auf die betreffenden Personen bezogen, so erscheint die eine als Beweisführer (Probant), die andere als Beweisgegner (Probat), beziehungsweise als Gegenbeweisführer[62].

---

[62] Henke, Handbuch IV 420 ff. Bauer, Lehrbuch § 99. Derselbe, Abhandlungen II 260—262 III 8—10. Mittermaier, Strafverfahren § 187, II 510 ff. Müller § 159. Zachariä, Grundlinien S 183—186. Derselbe, Handb. § 139 IV. Geyer in HH I 211 ff. Derselbe, Lehrbuch § 204. Vargha



So aufgefasst gestaltet sich der Begriff des Belastungsbeweises und Entlastungsbeweises wesentlich anders als unter Bezugnahme auf die materielle Beweislast. Der erstere umfasst nämlich neben den Gegenständen, welche die materielle Beweislast der Anklage bilden, die zur Entkräftung des Gegenbeweises des Angeklagten dienlichen Beweise und den Gegenbeweis gegen die Exceptionen, bezüglich welcher den Angeklagten die Beweislast trifft. Der Entlastungsbeweis dagegen umfasst: den Gegenbeweis gegen den Anschuldigungsbeweis, den Beweis der Exceptionen und die Entkräftung des gegen diesen gerichteten Gegenbeweises.

S 464 ff. — Ueber eine besonders häufig hervorgehobene Specialität, den Alibi-Beweis, siehe die Literaturangaben bei Kappler § 356 S 1069. 1070. Gegen die Aufstellung eines sog. uneigentlichen Gegenbeweises und insbesondere gegen die Behandlung des Beweises der Einreden als indirecter Gegenbeweis s. Bauer, Lehrbuch § 99.

C.

Der Indicienbeweis.

§ 1. Entwickelung des Indicienbeweises im gemeinen deutschen Strafprozess.

I. Die ältere Geschichte des Indicienbeweises[1] bietet verhältnissmässig wenig Belehrung; denn die Wechselfälle, die hier darzustellen sind, betreffen viel mehr die Geltung als die Gestaltung und Ausbildung dieser Beweisart. Ob im römischen Recht[2] eine Verurtheilung blos auf Grund von Indicien zulässig war, darüber ist einst viel gestritten worden[3], zumeist mit Anrufung einzelner Quellenbelege, von denen zugegeben werden muss, dass sie nicht beweisen, was sie beweisen sollten[4].

---

[1] Literatur des Indicienbeweises s. Glaser, Handbuch der Strafprozesses § 61 Anm 1. 4. 5.

[2] Geib S 144—146. 355—360. 645—649. Zachariä, Grundlinien S 247. Klenze, Lehrbuch S 105. Henke B IV S 574 Anm 8. S 587—590. Bauer, Anzeigenbeweis S 206 ff. — Mathaeus, De criminibus l. 48 t. 15 c. 6 p 601 ss. Renazzi l. III c. 14 p 184 ss. Carmignani, Teoria delle leggi di sicurezza sociale IV 192. Nani, De indiciis p 74 ss. Giuliani, Delle vicende a cui soggiacquero le prove ne' criminali giudízii. Loreto 1843. p 14 ss. Biener, Beiträge S 155. Abegg, De sententia condemnatoria ex solis indiciis secundum principia juris Romani haud admittenda. Vratisl. 1838.

[3] Vgl. namentlich die umfassende Literaturangabe bei Geib S 647 Anm 432 und 433. Als neuere, immer seltener gewordene Verfechter der Ansicht, dass nach römischem Recht auf Grund von Indicien eine Verurtheilung zur ordentlichen Strafe nicht erfolgen konnte, sind zu nennen: Abegg, Biener, Siegen, Giuliani, Carmignani (nach des letzteren Angabe a. a. O. S 197 Anm 1 auch Nani, der die in seinem Werk über Indicien ausgesprochene Ansicht in späteren Schriften zurückgenommen habe). Unter den älteren Juristen war offenbar diese Ansicht vorherrschend (s. die Anführungen bei Mittermaier, Beweis S 445) und übte ihren Einfluss, wie noch zu besprechen ist, auf die Carolina.

[4] So z. B. einerseits l 5 D de poenis 48. 19: Sed nec de suspicionibus debere aliquem damnari d. Trajanus . . . rescripsit, wo eben nur die Verurtheilung auf Grund von Verdacht verboten ist; oder l 16 C de poenis 9. 47, wo unter

Allein mit Recht sagt Henke[5], der Streit sei nur möglich, so lange „man sich blos an das einzelne hält und sich nicht zu der umfassenden Frage erhebt, ob nicht der Indicialbeweis durch den Geist des römischen Criminalprozesses gefordert werde“ [6]. Gerade von hier aus aber, von der Gestaltung des Verfahrens bei den quaestiones perpetuae, von der Behandlung des Gegenstandes bei den Rhetorikern, von geschichtlich feststehenden Beispielen und von dem Geist des ganzen Verfahrens geht Geib bei seiner Beweisführung aus [7]. Das ältere Verfahren, dessen Grundsätze über das Beweisverfahren durch die Einführung der quaestiones perpetuae nicht geändert wurden, sei schon dadurch in entscheidender Weise aufgeklärt, dass in der Zeit der quaestiones perpetuae sich Fälle nachweisen lassen, in welchen Anklage und Urtheil durchaus auf dem Indicienbeweis beruhten, und dass für diese Epoche, „während in allen anderen Beziehungen die Beweisregeln noch höchst unverarbeitet und roh waren, eine vollständige Theorie des Indicienbeweises geschaffen wurde, ein so durchdachtes und vollendetes System, dass selbst späterhin zur Zeit der classischen Jurisprudenz nur wenig oder nichts mehr für dessen weitere Fortbildung

---

den aufgezählten Beweismitteln die Indicien nicht erscheinen, sondern nur Aussagen, aber dann der Beisatz gemacht ist: et sic in flagitio deprehensus, ut vix etiam ipse ea, quae commiserit, negare sufficiat, überdies auch nur die Verurtheilung wegen bestimmter Verbrechen erwähnt ist; — andrerseits Stellen wie l 1 § 4 D de quaest. 48. 18: argumentis causam examinandam; l 25 C de probat. 4. 14: Sciant cuncti accusatores, eam se rem deferre in publicam notionem debere, quae munita sit idoneis testibus, vel instructa apertissimis documentis, vel indiciis ad probationem indubitatis et luce clarioribus expedita; l 34 C ad l Jul. de adult. 9. 9: manifesta fide atque indiciis evidentibus; l 22 C de falsis 9. 22: acerrima fiat indago . . . aliisque vestigiis veritatis; ferner l 2 C quorum appell. 7. 65. Mit Recht bemerkt Henke, es erregen gerade die Stellen, die gegen die Geltung des Indicienbeweises angeführt werden, kein Bedenken, wohl aber wäre die Unbestimmtheit der dafür angerufenen Zeugnisse bedenklich.

[5] Handbuch IV 589.

[6] Giuliani a. a. O. sucht zwar auch auf diesem Wege den Beweis für die Nichtanerkennung des Indicienbeweises in Rom zu erbringen; allein er wird dadurch sofort dazu gedrängt, für die Zeit der quaestiones perpetuae den Streit aufzugeben und für die ältere Epoche sich darauf zu berufen, dass die richtige Behandlung des Indicienbeweises in den Urzuständen der Völker nicht denkbar sei (richiede una perfezione di arte critica inconcepibile nelle prime nazioni), was aber nicht ausschliesst, dass man gerade in solchen Zuständen sich sehr oft mit voreilig überschätzten einzelnen Anzeichen begnügt, wie das eben bei der Behandlung des furtum nach den Zwölftafelgesetzen, worauf er sich beruft, der Fall war.

[7] A. a. O. S 145. 146.

geschehen konnte" [8]. Die spätere Epoche des römischen Criminalprozesses ist überhaupt durch schärfere Ausbildung des Beweisrechtes, durch Betonung pflichtmässiger Prüfung der Beweise charakterisirt, und dem entspricht auch die in den Quellen vorkommende Warnung vor Verurtheilung auf Grund blossen Verdachts; allein nirgends findet sich ein Zeugniss dafür, dass „eine solche totale Umwälzung aller bisherigen Grundsätze" stattgefunden hätte, wie sie in der Ausschliessung des Indicienbeweises hätte erblickt werden müssen [9]. Man kann es übrigens mit aller Beruhigung aussprechen, dass es ganz gleichgiltig sei, was in Rom Rechtens war; jedenfalls war für die weitere Entwickelung das Vorhandensein der vollständigen Theorie maassgebend, welche in den oben erwähnten Schriften niedergelegt war und besonders in den Reden Ciceros ihre glänzende Illustration fand.

Das kanonische [10] Recht hat zwar nur wenige und schwankende Andeutungen über die Zulässigkeit des Indicienbeweises als Grundlage der Verurtheilung [11], allein die eigentliche Schöpfung des

---

[8] A. a. O. S 358. Auf Cicero, Quintilian und den autor ad Herennium gestützt entwirft Geib eine Skizze dieses Systems: „Vor allem unterschied man zwischen vorausgehenden (antecedentia), gleichzeitigen (coniuncta) und nachfolgenden (sequentia) Indicien . . . Ebenso unterschied man zwischen nahen (necessaria) und entfernten (non necessaria v. probabilia) Indicien. Allein von welcher Art immer die Indicien waren, so ging man stets von der Ansicht aus, dass dieselben nicht schon dann, wenn sie etwa vereinzelt, sondern blos unter der Voraussetzung, dass sie in grösserer Anzahl und zwar so vorkamen, dass sie gewissermaassen eine fortlaufende, sich gegenseitig unterstützende und ergänzende Kette von Erscheinungen darboten, einen vollständigen Beweis zu liefern vermöchten. (Cicero de orat. II. 40: Si et ferro interfectus ille, et tu inimicus eius cum gladio cruento comprehensus es in illo ipso loco, et nemo praeter te ibi visus est, et causa nemini, et tu semper audax; quid est, quod de facinore dubitare possimus?) Ingleichen war es Regel, dass jedes einzelne Indicium nicht erst selbst wieder durch ein anderes Indicium oder, wie man es nannte, durch einen künstlichen, sondern überall durch einen natürlichen Beweis — durch Geständniss, Zeugenaussagen, Urkunden — dargethan sein müsse".

[9] Geib S 649.

[10] Clarus l. 5 fin. qu. 20 n. 5—8. Mittermaier, Beweis S 444. Henke, Handbuch IV 590 und 596 Anm 4. Zachariä, Grundlinien S 247 b. Klenze, Lehrbuch S 106. Bauer, Anzeigenbeweis S 210. Gross, Beweistheorie im kan. Prozess I 56 ff. II 91—105. 283. 284. 317 ff. Porsch, Die Bedeutung des Indicienbeweises im kirchlichen Strafverfahren. Breslau 1876.

[11] Einerseits ist can. 2 C II qu. 8 nur die Reproduction der oben Anm 4 angeführten l 25 Cod. de probationibus; andrerseits ist unzweifelhaft, dass Verdachtsgründe den Anhalt für die Auferlegung der purgatio canonica boten. Vergl. noch die das Verbrechen der Ketzerei betreffende Anordnung Innocenz III. c. 14 X de praesumpt. 2. 23: Quocirca mandamus, quatenus eum propter solam suspicionem,

kanonischen Prozesses, die Eröffnung der Untersuchung auf Grund deutlich hervortretenden Verdachtes musste nothwendig dazu führen, dass von den auf der Grundlage des römisch-kanonischen Prozesses arbeitenden Juristen und speciell den italienischen Praktikern den Indicien als Anlässen zur Einleitung des Verfahrens und sodann zur Verhängung der Folter besondere Aufmerksamkeit zugewendet wurde, und sie geneigt machen, im Gegensatz zu der Auffassung der germanischen Rechte, die freilich in den oft erwähnten Formen der handhaften That dem Indicienbeweis einen sehr bedeutenden und einseitigen Einfluss zugestanden hatten [12], die Verurtheilung auf Grund von Indicien allein für zulässig anzusehen [13].

---

quamvis utique vehementem, nolumus illum de tam gravi crimine condemnari; talem et tantam securitatem recipiatis ab ipso, . . . ex qua valeat apparere, utrum in tenebris ambulet an in luce . . . . .; alioquin eum tamquam haereticum condemnetis.

[12] Ueber den Ausgang der Sache entschied ja in der Regel, ob es möglich war, auf handhafter That zu verfahren, oder ob schlichte Klage angestellt werden musste. Die handhafte That aber war nicht blos Ergreifung bei der That selbst, sondern auch noch nach derselben — wenn auch nicht „übernächtig" — unter verdachterregenden Umständen: Flucht, Besitz der gestohlenen Sache. Dazu kam dann, dass willkürlich der Zusammenhang durch Anbinden des „Leibzeichens" anschaulich gemacht wurde, ganz abgesehen von ganz willkürlichen Fictionen, zu denen man später durch die Noth der Zeiten gedrängt wurde; z. B. Freiberger Stadtrecht S 210: . . . Der man mac den rouber uf halden und brenge zu im eine unschuldige habe. Daz sal he alzo zu im bringen daz is der richter noch kein gesworn man gewar werde. Ebenso waren es sehr oft Indicien der Schuld oder Unschuld, welche auf die Zulassung wirklichen Zeugnisses oder andere Beweiserleichterungen Einfluss hatten. Kries S 51 ff. 70. 159. 173. 187. Selbst bei der „vernachteten" Klage war die Lage des Klägers noch manchmal eine wesentlich bessere, wenn er Spuren der That nachzuweisen vermochte. Planck, Gerichtsverfahren II 185.

[13] Bei Clarus l. V § fin. qu. 20 ist die Bedeutung der Indicien für die drei- oder vielmehr vierfache Abstufung: Einleitung der General-, der Specialuntersuchung, Verhängung der Folter und Endurtheil, scharf betont, freilich mit der ebenso treffenden, als den Werth der folgenden Unterscheidungen vernichtenden Einleitung: Hoc praevie scire debes, quod secundum omnes in materia indiciorum non potest dari certa doctrina, sed totum relinquitur arbitrio boni viri s. judicis. Geht man genauer auf die Darstellungen der Indicien bei den italienischen Praktikern ein, so zeigt sich allerdings schon hier, dass sie von unvollständigen natürlichen Beweisen nicht genügend gesondert sind; namentlich ist dies bei Clarus qu. 21 der Fall. Dagegen findet sich bei Farinaccius, Praxis et theoriae criminalis libri duo qu. 35 Nr 17. 18 eine reiche Zusammenstellung von älteren Definitionen der Indicien; hervorzuheben sind die des Gandinus: Indicium est signum alicujus maleficii commissi vel alterius rei de qua agitur — und die des Baldus: Indicium est conjectura ex probabilibus et non necessariis orta, a quibus potest abesse veritas sed non

Um die Wende des 15. zum 16. Jahrhundert ist die Nachwirkung der altdeutschen Rechtsformen auf die mehr und mehr dem römisch-kanonischen Prozess unterworfenen Gebiete am deutlichsten in dem Einfluss zu erkennen, den einerseits die Ergreifung auf wahrer That, andrerseits das Vorhandensein von Indicien auf die Einleitung des Prozesses und die Verhaftung übt. So wird in der tiroler Malefizordnung von 1499 unterschieden, ob der Beschuldigte „an wahrer That" betreten wird; „so is nit not ainicherlay weyters erkündigens oder befragens", während ausserdem „unverleumbt frumb Angesessen lewt söllen nit fängklicher angenommen werden, aber umb sachen und händel, die Intzicht und Malefitz betreffen oder da ainer sölicher sachen hoch verdacht, verangkwonet und verleumbdt ist" [14]. Ebenso macht die Bamber-

verisimilitas, et quae quandoque judicantis mentem ita perstringit, ut cogat judicis conscientiam secundum eam judicare. Als gangbare Eintheilungen der Indicien führt Farinaccius l. c. Nr 35 sq., immer auf die Schriftsteller des Mittelalters sich stützend, an: Indicium dubitatum et non plenum, aliud vero est indubitatum et plenum, . . . per quod animus, in aliquo tamquam in proprio existente, quiescit et plus investigare non curat. Im Gegensatz dazu ist das indicium semiplenum = praesumtio fortiter movens animum ad aliquid credendum vel discredendum. Aus einer Mehrzahl von indicia dubitata erwachse aber ein indicium indubitatum. Andere Eintheilungen sind: indicium proximum et remotum; indicia levia, gravia, gravissima; indicium necessarium, credibile, non repugnans; endlich indicia facti et juris: ex indicio facti dirigitur judex in viam praesumtionis: ex indicio autem juris aliquando dirigitur in viam quaestionis, aliquando autem in viam condemnationis. Daran schliesst Farinaccius eine ähnliche Darstellung der Lehre von praesumtio, conjectura, suspicio, opinio, dubitatio, argumentum, signum, adminiculum und den Nachweis, dass das Indicium, das zur Tortur berechtigen soll, einer semiplena probatio gleichkommen müsse. Ueber das Verhältniss der praesumtio zum indicium, das nach einigen mehr, nach einigen weniger sei als jene, sagt Farinaccius vermittelnd, das indicium sei weniger als eine praesumtio juris, mehr als eine praesumtio hominis.

[14] In den tirolischen Landesordnungen von 1504 und 1532, in deren 8. Buch die Malefizordnung überging, Art. 6 und 7. Zu vergleichen ist auch die Maximilianische Landgerichtsordnung für Niederösterreich von 1514 (Hye in der Zeitschr. für österr. Rechtsgelehrte 1844 I 353 ff.), deren § 1, allerdings mehr das Verhältniss zwischen dem Landrichter und dem Gutsherrn vor Augen haltend, in gleicher Weise unterscheidet, ob der Landrichter einen Verbrecher „mit offenbarer, beweislicher tat erfarn wurd", in welchem Fall er ihn ohne weiteres ergreifen darf, und dem, wo er nur „ain gemain ungeferlich zicht redt oder verdacht über im haben wurdt", wo er dann zuvor soll „des Verdachten Herrn . . . glaubwürdig Indicien und anzaigen fürbringen daraus ze nemen das die zicht gegrund sey". Vergl. daselbst § 22: „Item van ain pson die ander umb Maleficz anclagn wurd. so fern dan der clager seiner clag dem Landtrichter notdurfftig Indicien anzaigen wurde so sol darauf der Landtrichter den beschuldigten annemen und mit der frag Gichtigen und Rechtfertigen. § 23: Wo aber ain Pson die ander

gensis in dem dem Art. 6 der CCC entsprechenden Art. 10 einen in letztere nicht übergegangenen Vorbehalt für die „offenbare" Uebelthat. Beide Gesetze machen die Verhaftung eines Angeklagten (Bamb. Art. 17, CCC Art. 11) und die Verhängung der Folter davon abhängig, dass „zuvor redlich und derhalb genugsame Anzeigung und Vermuthung von wegen derselben Missethat auf ihn glaubwürdig gemacht" (CCC Art. 6 speciell bezüglich der Folter); und die Carolina lässt die Einleitung des Verfahrens von Amtswegen nur zu, „so jemand einer Uebelthat durch gemeinen Leumuth berüchtigt oder andere glaubwürdige Anzeigung verdacht und argwöhnung".

II. Schwarzenberg musste sich nach der Entwickelungsgeschichte des Beweisrechtes, in welche einzugreifen seine Hauptaufgabe war, dafür entscheiden, dass auch künftig eine Verurtheilung auf Grund von Indicien nicht zugelassen werden dürfe und dass letztere nur die Grundlage der Verhängung der Folter werden können. Aber er konnte sich nicht verhehlen, dass eben darum das Schicksal des Angeklagten, die Möglichkeit, den in Untersuchung gezogenen Unschuldigen vor der Verurtheilung zu bewahren, gänzlich von der sorgfältigen Prüfung und Abwägung der Indicien abhänge. Mit vollem Recht ist es daher als sein grösstes Verdienst gepriesen worden, dass er, auf die römischen Darstellungen des Indicienbeweises gestützt[15], „dem Richter eine vollständige Anleitung zur Auffindung und Benutzung der Anzeigen ertheilte und eine reiche, geordnete Beispielsammlung von Indicien aufstellte" [16], ja gerade dies als die Hauptaufgabe seines Werkes betrachtete, wie es nach ihm alle Criminalgerichtsordnungen, die bis zur Abschaffung der Folter erschienen, ebenfalls thaten.

Zunächst wird (Art. 19) die Terminologie festgestellt und es werden die Ausdrücke „redliche Wahrzeichen, Argwohn, Verdacht und Vermuthung" als gleichbedeutend mit „redlicher Anzeigung" erklärt. Sodann wird der exemplificative Charakter der Bestimmungen über

---

Maleficz bezeichen und darumb nit notdurfftig Indicien anzaigen wurd. so sol ain Landtrichter den Beschuldigten mit peinlicher Frag nicht gichtigen". Dabei ist noch zu bemerken, dass der angeführte § 23 den Ankläger günstiger behandelt, als Art. 12 der CCC, indem er letzteren nur dann neben dem Beschuldigten in Haft nehmen lässt, wenn er „ausserhalb notdurfftiger Indicien seiner Klag nicht abstehn will".

[15] Vergl. über diesen Zusammenhang und die Benutzung von Riederers deutscher Bearbeitung der Rhetorik Ciceros sowie anderer populärer Darstellungen der fremden Rechte von Tengler und Brand durch Schwarzenberg — Malblank S 100—112. 118. 128—134.

[16] Bauer, Anzeigenbeweis S 114. 115.

den Indicienbeweis hervorgehoben (Art. 24: „Dass man aus den nachgesetzten Anzeigungen in unbenenten und hierin unaussgedruckten Argwöhnigkeiten der Missethat Gleichnus nehmen möge“), was allerdings insofern Schwierigkeiten bietet, als es sich nicht blos um die „Aufzählung“, sondern auch um die Einreihung handelt. Es wird nämlich unterschieden zwischen „gemeinen Argwohnen und Anzeigungen, so sich auf all Missethat beziehen“ (Art. 24 ff.), und den Anzeigungen der einzelnen Verbrechen (Art. 33—44). Von den letzteren genügt eine allein zur peinlichen Frage, von den ersteren ist keine allein zu einer dies bewirkenden „redlichen Anzeigung genügsam“, sondern es müssen „etliche bei einander auf jemand erfunden werden“ (Art. 27). Es sind dies (Art. 25. 26) durchaus Indicien der Thäterschaft, beruhend auf 1. Gründen für die Annahme, dass man sich der Missethat zu dieser Person versehen könne; 2. verdächtiger Anwesenheit an gefährlichen Orten; 3. Merkmalen, welche mit denen des gesehenen aber nicht erkannten Thäters übereinstimmen; 4. Verkehr mit verdächtigen Leuten; 5. und 8. erkennbaren Motiven zur That; 7. „so jemandt einer Missethat halb flüchtig wird“. Diesen Indicien ist auch bereits eines beigezählt, welches in Wahrheit ein unvollständiges natürliches Beweismittel bildet oder demselben sich nähert (die von dem inzwischen verstorbenen Verletzten gegen den Verdächtigten erhobene Beschuldigung, Art. 25 Nr 6); in ähnlicher Weise werden den Anzeigungen gleichgestellt: die Aussage eines Zeugen (Art. 23), die eines Mitschuldigen (Art. 31) und das aussergerichtliche Geständniss (Art. 32), und dabei wird dann theilweise der Begriff der „halben Beweisung“ herangezogen, wobei aber freilich nicht übersehen werden darf, dass die dabei ausgesprochene Gleichstellung der letzteren mit Indicien („solche halbe Beweisung macht auch eine redliche Anzeigung“, Art. 30) sich, wie die ganze Darstellung, auf die Rechtfertigung der Folter, nicht auf die Grundlage des Endurtheils bezieht. Die Aufgabe, den Einfluss des Indicienbeweises auf das Endurtheil zu regeln, trat nicht direct, wenigstens nicht dringlich hervor, da sie ja durch Art. 22 abgelehnt war. Allein ganz konnte sich die Carolina der Aufgabe nicht entziehen, den Begriff des Beweises mit der Indicienlehre in Verbindung zu bringen. Zunächst geschah es mittelbar, insofern der Beweis der Indicien selbst zu regeln war. Es wird dazu die Aussage zweier guten Zeugen gefordert, wenn auch nicht jedesmal anderer oder je zweier für jeden einzelnen Umstand (Art. 23. 30). Neben der Forderung sorgfältiger Feststellung der Indicien, wobei es an einzelnen warnenden Winken nicht fehlt (z. B. bezüglich des „Leumuthes“, Art. 25 Nr 1), wird mit löblichem Nachdruck immer wieder darauf auf-

merksam gemacht, dass die Standhaftigkeit des Verdachtsgrundes davon abhänge, ob Umstände hervortreten, welche das scheinbar verdächtigende auf eine mit der Unschuld des Inquisiten vereinbarliche Weise erklären (Art. 27. 29. 33. 41 Mord, Brandstiftung; 43 Diebstahl). Liegt schon hierin ein Appell an eine freiere, über die mechanische Prüfung der Aeusserlichkeiten hinausgehende Würdigung der Beweiskraft, so ist andererseits eine Reihe von Bestimmungen vorhanden, welche den Richtern die Aufgabe stellt, die Schlussfolgerung aus bekannten und erhobenen Thatumständen zur Prüfung der Beweiskraft der natürlichen Beweismittel und somit unmittelbar für die im Endurtheile zu lösende Beweisfrage zu verwerthen; so bei der Erprobung des gerichtlichen Geständnisses, bei der Entscheidung über die Frage der Nothwehr (Art. 143. 144) und, was wohl ebenfalls hieher gehört, wenn es sich gleich zunächst nur um die Rechtfertigung der Tortur handelt, bei der Erprobung der Aussage der Mitbeschuldigten (Art. 31 Nr 2 und 3).

Thaten daher auch alle Versuche, nachzuweisen, dass die Carolina selbst die Verurtheilung auf Grund von Indicien nicht unbedingt ausgeschlossen habe, dem Texte Gewalt an [17], so lässt es sich doch auch nicht leugnen, dass in ihr zahlreiche Elemente einer Theorie des Beweises durch Indicien liegen — Elemente, die um so bedeutungsvoller waren, da sie erst durch die Carolina eine gesicherte Stätte auf einem ihnen bisher fremden Boden erlangten. Immerhin konnte auch die Behauptung, dass der Beweis des objectiven Thatbestandes

---

[17] Malblank S 162 sieht das Verbot der Verurtheilung auf Indicien als nur für Capitalverbrechen gegeben an und beruft sich dafür auf A. 8 CCC; für andere Verbrechen könne nach A. 196 „auf jeden vollständigen Beweis, auch durch Anzeigen, die ordentliche Strafe erkannt werden“. Allein dieser Artikel spricht von „unzweifellicher endlicher Ueberwindung, die auch nach laut dieser unser Ordnung geschehen“ — also ist unter Ueberweisung hier nichts anderes zu verstehen, als was bezüglich der Capitalverbrechen ausgesprochen ist. Ueberdies spricht A. 22 nicht, wie A. 8, von der Todesstrafe, sondern von „peinlicher Strafe“, was sich zwar nicht, wie Bauer, Anzeigenbeweis S 216 (s. auch Feuerbach § 569) bemerkt, auf den Gegensatz der Privatstrafe, aber doch auf die Criminalstrafe im Gegensatz zu polizeilicher Ahndung und den Objecten der jurisdictio bassa bezieht. — Bauer a. a. O. weist auch nach, dass eine Ausnahme von dem Verbot des A. 22 auch nicht durch die Unterscheidung zwischen ordentlicher und ausserordentlicher Strafe oder durch die Zahl und den Grad der Indicien gerechtfertigt werden könne. Im Gegensatz hiezu hatte allerdings schon Carpzov qu. 120 n. 13 den Satz aufgestellt: Indicia certa et indubitata ad condemnandum sufficiunt, ac perinde torturam excludunt; dafür konnte er aber nicht die Carolina, sondern nur Farinaccius anführen, und zwar eine orakelhaft gewundene scholastische Distinction, die immer zugleich zugiebt und bestreitet.

zum Theil auch auf Indicien gestützt werden könne [18], nicht als ganz haltlos bezeichnet werden, weil sie nicht blos Art. 147 CCC für sich hat, sondern auch die unabweisbare Forderung der Natur der Sache, zumal ja der Beweis durch Sachverständige ebenfalls zumeist auf von diesen beurtheilten Indicien beruht. Ebenso muss anerkannt werden, dass der Beweis des dolus nur auf Geständniss oder Indicien beruhen könne [19]. Endlich ergiebt sich aus dem früher gesagten, dass der Gegenbeweis gegen den Anschuldigungsbeweis sowohl als der eigentliche Entschuldigungsbeweis auf Indicien beruhen konnte; wie man andererseits auch nicht Bedenken trug, Umstände, welche den Grad der Schuld betrafen, auf diese Weise sicherzustellen [20].

III. Das alles hatte aber nur untergeordnete Bedeutung, so lange die Folter oder die Furcht vor derselben der alltäglichen Criminalpraxis die Wege ebnete. Als aber die Folter wegfiel, da trat jener oben S 6 ff. geschilderte, fast beispiellose Zustand ein, wo ein Criminalsystem fortbestehen sollte, dessen Mittelpunkt zerstört war und für welchen einen Ersatz zu schaffen sich theils kein Gesetzgeber fand, theils die Gesetzgebung sich nicht Rath wusste. Letztere war selbst von dem bis dahin unbestrittenen Dogma beherrscht, dass Indicien nur Verdacht, nicht Beweis begründen können; sie hatte überdies den Indicienbeweis in ein Beweissystem einzufügen, das auf die Voraussetzung der Unzulässigkeit desselben gebaut war und das die natürlichen Beweismittel positiven Beschränkungen unterwarf, für die es schwer war, eine Ausgleichung zu finden. Die gemeinrechtliche, zumeist von den Juristenfacultäten geleitete Praxis hatte die Wahl, durch Befolgung des stehen gebliebenen Theils der Carolina die Strafrechtspflege nahezu zum Stillstand zu bringen oder zunächst durch gewagte Auslegungskünste sich über das Verbot des Art. 22 hinauszusetzen, dann aber eine Theorie des Anzeigenbeweises zu schaffen, die eben nur als „rationelle“ Geltung zu beanspruchen vermochte, und die daher

---

[18] Feuerbach § 569 II a; Stübel, Thatbestand §§ 355 ff.; derselbe, Criminalverfahren §§ 692. 1017. 1018; Zachariä, Grundlinien S 251. 252.; dagegen Bauer, Anzeigenbeweis S 214; Müller § 128 Anm 8; Martin § 74 Anm 7; Mittermaier, Strafverf. § 182, II 479 Anm 67, aber auch das. Anm 69.

[19] Zachariä, Grundlinien S 252 Nr 2. Müller § 128 Anm 9. Mittermaier, Strafverfahren II 474 Anm 70. Uebrigens hatte man hier auch die ausdrückliche Bestimmung der Reichsabschiedes von 1594 § 69, die sich freilich nur auf den Landfriedensbruch bezog, für sich.

[20] Bauer a. a. O. Martin § 74 Anm 8. Mittermaier a. a. O. Anm 68 und 71. Müller § 128; dieser übrigens mit dem Vorbehalt, dass „durch die sog. indicia qualitatis et quantitatis delicti nicht jeder erschwerende Umstand“ constatirt werden kann.



auch positive Beschränkungen nach dem Muster der für den Zeugenbeweis geltenden nicht aufzustellen im Stande war. Kein Wunder ist es daher, dass die Meinungen, statt sich einander zu nähern, immer weiter auseinandergingen und dass in den letzten Jahren des gemeinrechtlichen Strafprozesses Geltung und Gestaltung des Indicienbeweises in demselben offene Fragen waren [21]. Dabei ist der platonischen Bekämpfung der Interpretationskünste, welche es der Praxis ermöglichten, sich nicht blos über das Verbot des Art. 22 der CCC hinwegzusetzen, weniger Gewicht beizulegen; denn dieselben Schriftsteller, von welchen sie ausgeht, knüpfen unmittelbar daran fast regelmässig die Entwickelung einer Theorie des gemeinrechtlichen Indicienbeweises, für welche die positive Grundlage jedenfalls auch fehlte. Wichtiger ist daher die Gegnerschaft jener wenigen Stimmen, welche nicht blos vom historischen Standpunkt die Geltung, sondern auch vom legislativen die Zulässigkeit des Indicienbeweises als einer Grundlage der Verurtheilung, zumal zur ordentlichen Strafe, bestritten. Bezeichnend für diese Richtung ist namentlich die Wirksamkeit Abeggs [22], der von einer Ueberschätzung der natürlichen Beweismittel (namentlich des Geständnisses, in dessen Betonung das „Recht der Persönlichkeit" seinen Ausdruck finden soll) gegenüber den Indicien ausgeht und daran festhält, nur durch jene, nicht durch diese, sei Gewissheit der Schuld zu erlangen, wo aber jene fehlen, könne eine Verurtheilung weder zu ordentlicher, noch zu ausserordentlicher Strafe stattfinden; denn es

[21] „Ueber den Zustand der Praxis „in den Ländern des gemeinen Rechts, wo kein neues Gesetzbuch herrscht", s. Mittermaier, Strafverf. II 477 Anm 61 und 478 Anm 65. Daselbst sowie bei Bauer, Anzeigenbeweis S 188—190. 221. 227 Uebersicht des Standes der Literatur bezüglich der Zulässigkeit der Verurtheilung auf Grund von Indicien nach gemeinem Recht. Als der hervorragendste Repräsentant der auf diesem Boden stehenden Theoretiker kann wohl Bauer bezeichnet werden, dessen posthume Theorie des Anzeigenbeweises (Göttingen 1843) nur die Zusammenfassung dessen ist, was er in seinen Strafrechtsfällen, in seinem Lehrbuch und in einzelnen Artikeln noch bis in das 4. Decennium des Jahrhunderts gelehrt und angestrebt hatte. „Als ich", erzählt er, „im Jahre 1797 zu Marburg und im Jahre 1814 zu Göttingen in die Juristenfacultät eintrat, herrschte in diesen beiden Spruchcollegien die feste und niemals in Zweifel gezogene Ueberzeugung von der Ungiltigkeit des Art. 22 und von der Statthaftigkeit der Schuldigsprechung auf vollen Anzeigenbeweis, welcher zu folge ganz unbedenklich, freilich stets nur nach der sorgfältigsten Prüfung der Indicien, sehr viele Strafurtheile gefällt wurden". Und nun, nach Ablauf von Decennien, vernahm er zu seiner Verwunderung je später desto mehr „in der neuesten Zeit gegen diese Meinung laut gewordene Stimmen bedeutender Criminalisten". Er selbst führt an: Mittermaier, Abegg, Henke, Müller, Zachariä.

[22] Vergl. namentlich dessen alles wiederholt von ihm vorgebrachte recapitulirende Abhandlung in der Zeitschr. f. d. Strafverfahren NF III 3 ff.

bleibe der Zweifel, „ob in allen Fällen die Gerechtigkeit ihre Befriedigung finde durch einen apodiktischen Ausspruch, zu welchem nur volle Gewissheit, nicht blos individuelle, wenn auch redliche und innige Ueberzeugung berechtigt. Und selbst dies ist nicht allemal verbürgt". . . . Am wenigsten könne „aus der Hoffnung der späteren gehörigen Begründung der Sicherheit des Indicienbeweises", einer Hoffnung, der sich die Gesetze, welche ihn bis dahin einführten, offenbar nicht hingegeben hätten, das Recht abgeleitet werden, die Lage des Verdächtigten schlimmer zu gestalten als zur Zeit, wo die Folter bestand. Dennoch erkennt Abegg die bei solcher Auffassung des geltenden Rechtes offen bleibende Lücke an und wagt nicht, der Schaffung einer gesetzlichen Theorie des Indicienbeweises offen entgegenzutreten, die er jedenfalls der freien Beweiswürdigung vorzieht [23].

Solche Fortdauer des Streites darüber, ob überhaupt die zur Verurtheilung erforderliche Gewissheit aus Indicien gewonnen werden könne, erleichterte die Aufgabe, dem Indiciensystem der Carolina das hinzuzufügen, was letztere abgelehnt hatte, und die Antwort auf die Frage, wann der durch Indicien begründete Verdacht in einen rechtlichen Beweis übergehe, wahrlich nicht; es lässt sich nicht verkennen, dass die Theorie und Praxis des gemeinen Rechtes die Antwort auf diese Frage auf dem Wege gesucht und gefunden hat, auf welchen die Verhältnisse der Strafgesetzgebung in Deutschland sie überhaupt mehr und mehr wiesen: auf dem der eklektischen Benutzung der immer zahlreicher werdenden Particulargesetze.

Kaum aber giebt es ein Gebiet, wo sich eine solche Mannichfaltigkeit in letzteren gezeigt hätte, wie das des Indicienbeweises. Ganz abgesehen von den Gesetzgebungen, welche eigentlich durch unverhältnissmässige Strenge der ordentlichen Strafen und durch Zulassung weitgehender ausserordentlicher, auf Grund von Indicien zu verhängender Strafen die von der Abschaffung der Folter zu erwartende Lücke schon vorher ausgefüllt hatten [24], stellten diese Gesetze die

---

[23] Viel entschlossener stellt sich dem Problem des Indicienbeweises Langfeldts „Kritik des sogenannten Indicienbeweises im Untersuchungsprozesse" (Güstrow 1839) gegenüber, eine Schrift, die sich selbst bezeichnet als „veranlasst durch ständische Verhandlungen darüber auf dem Landtage zu Malchin im Jahre 1838" und die „auf Kosten der Landschaft Mecklenburgischen und Wendischen Kreises gedruckt" und vertheilt wurde.

[24] Man sehe z. B., was Feuerbach in seinem Vortrage über die Aufhebung der Folter in Baiern (Themis S 237 ff.) über den dortigen Stand der Gesetzgebung sagt (S 267. 268), dass dort neben der Tortur gegolten habe, was auch ohne



mannichfaltigsten Unterscheidungen auf[25]. Volle Freiheit der Beweiswürdigung stellte für die ordentliche Strafe das sächsische Gesetz vom 30. März 1838 her[26]; sehr nahe kommt dem die hannoverische Verordnung vom 25. März 1822, welche in Bezug auf die Beurtheilung der einzelnen Indicien und auf die der Vollständigkeit des Indicienbeweises keine positive Satzung aufstellt. Andere Gesetze unterscheiden zwischen objectivem Thatbestand und Thäterschaft und gestatten nicht, dass durch Indicien oder doch durch Indicien allein beides bewiesen werde. Die meisten versuchen die Regelung des Indicienbeweises. Die in den verschiedensten Combinationen angewandten Mittel hiefür sind: Aufstellung eines Verzeichnisses allein zulässiger Indicien oder einer blossen Beispielsammlung, Classification derselben vermöge der Unterscheidung in vorausgehende, gleichzeitige und nachfolgende Indicien unter Beifügung der Forderung, dass ein Zusammentreffen von Indicien dieser verschiedenen Classen stattfinde (so namentlich das bayerische StG Art. 328), — Forderungen in Bezug auf die Zahl der Indicien, meist mit Unterscheidungen, welche sich wieder daraus ergaben, dass nach dem Vorgang der CCC zwischen allgemeinen und besonderen oder auch zwischen mehr und minder dringenden Indicien unterschieden wurde. Bauer findet, übertreibend, in der angeführten Bestimmung des bayerischen Strafgesetzes die Forderung von wenigstens sechs Indicien ausgedrückt; die Forderung von vier verschiedenartigen Indicien ergiebt sich aus den Verordnungen für Weimar und Oldenburg; anderswo genügen zwei; das österr. Recht fordert der Regel nach drei. Auch die Bestimmungen über den Beweis der Indicien zeigen Schwankungen, die von Willkür einerseits

---

die Folter in keiner zweckmässig organisirten Gesetzgebung bestehen dürfe, dass nämlich auf jede andere als die Todesstrafe erkannt werden könne auf Grund einer einzigen wahren Anzeigung.

[25] Vergl. Anführung und Uebersicht derselben bei Bauer S 229 ff.; siehe auch Henke IV 594—596. Mittermaier, Beweis S 460 ff. Derselbe, Strafverf. II 479 ff. Vollständiger Abdruck des weimarischen, schaumburgischen und österr. Gesetzes (v. 1833) bei Kappler, Handbuch § 353.

[26] Der § 10 dieses Gesetzes (vergl. über die Motive und Entstehungsgeschichte Gross, Criminalgesetzb. für das Kön. Sachsen. 1838. II 53—55) lautet: . . „vielmehr soll in allen Fällen, wo aus den nach den Akten sich ergebenden Thatsachen der erkennende Richter die volle Ueberzeugung entnimmt, dass das in Frage befangene Verbrechen wirklich verübt und von dem Angeschuldigten begangen worden sei, auch bei ermangelndem Geständnisse desselben die ordentliche gesetzliche Strafe eintreten. Nur bei den mit Todesstrafe bedrohten Verbrechen ist der Richter solchenfalls ermächtigt, statt derselben auf lebenslängliche Zuchthausstrafe ersten oder zweiten Grades zu erkennen“.

und Besorgniss andrerseits Zeugniss geben, insofern nämlich Indicien bald auch durch Indicien bewiesen werden können, bald nur durch natürliche Beweise, bald in dieser Hinsicht Beweiserleichterungen zugelassen werden, wenn eine Mehrheit von Indicien vorhanden ist. Das Misstrauen gegen den Indicienbeweis drückt sich zunächst aus in der Ausschliessung der ordentlichen Strafe bei Fällen, in welchen der Beweis auf Indicien beruht (am umfassendsten in der preussischen CGO, welche immer nur ausserordentliche Strafe eintreten lässt; fast alle Gesetze schliessen die Todesstrafe aus, einige auch noch lebenslängliche Freiheitsstrafe und Ehrlosigkeit), ferner in Ausnahmebestimmungen über Fällung und Prüfung der Urtheile: Zusammensetzung der Richtercollegien in grösserer Zahl, Forderung einer die einfache übersteigenden Stimmenmehrheit (zwei Drittheile: Hannover, Weimar, Schaumburg-Lippe, Sachsen-Koburg, Mecklenburg; in letzteren Ländern Einstimmigkeit, wenn die Zahl der Richter nicht mindestens drei, beziehungsweise vier beträgt), Vorlage der Urtheile zur Ueberprüfung von Amts wegen durch ein höheres Gericht [27].

[27] Einen besonderen Anspruch auf Beachtung hat hier die österreichische Gesetzgebung; unter den Versuchen, den Indicienbeweis im Strafprozess gesetzlich und im Anschluss an die gemeinrechtliche Beweistheorie, sowie im Zusammenhang mit einem codificirten Strafprozess zu regeln, gehört der älteste wie der neueste Oesterreich an; jener liegt in Josephs II. Allg. Criminalgerichtsordnung v. 1788 (§§ 143—148) vor; hierauf folgte eine Umarbeitung in dem Westgalizischen Strafgesetz v. 1796 und eine fernere im Strafgesetz von 1803 (§ 412). Das einzige grössere Abänderungsgesetz, welches während der Geltung dieses Gesetzbuches erschien, war das Patent v. 6. Juli 1833 (vgl. über die Gebrechen, die dieses Gesetz nöthig machten, Pratobevera in dessen Materialien I 143 ff., über das Gesetz selbst Kitka, Beweislehre S 268 ff.), welches den angeführten § 412, bei dessen Anwendung sich „Schwierigkeiten ergeben" hatten, ersetzen sollte und seinerseits die Grundlage der das Zusammentreffen von Verdachtsgründen betreffenden §§ 279—282 sowie der damit zusammenhängenden §§ 138—140 der StPO v. 1853 bildet. Die Josephinische Criminalgerichtsordnung hatte ein die Todesstrafe ausschliessendes Strafgesetz zur Grundlage; sie verfügte aber nichtsdestoweniger (§ 148), dass wenn die Verurtheilung auf dem Indicienbeweise beruht, „die Strafe in der Dauer immer um einen Grad geringer ausgemessen werde, als das Gesetz auf das Verbrechen, wenn es auf andere Art erwiesen wäre, bestimmt", wozu dann noch andere Strafminderungen für diesen Fall kamen; auch war Vorlage der Akten an das Criminalobergericht für jeden Fall der Verurtheilung auf Grund von Indicien vorgezeichnet (§ 170). Letztere Bestimmung ging auch noch in das Gesetz v. 1803 über (§ 453 a), während sie 1853 fallen gelassen wurde. Dagegen liessen diese beiden Gesetze auch in solchen Fällen die Verurtheilung zur ordentlichen Strafe zu und schlossen nur die Todesstrafe (das Ges v. 1803 auch die lebenslange Kerkerstrafe) aus (§ 430 Ges v. 1803; § 284 StPO v. 1853). Der Grundcharakter dieser gesetzlichen Theorie des Indicienbeweises ist in all diesen Wandelungen, welche durchaus fortschreitende Erleichterungen der Ueberweisung des Angeklagten bezweckten, derselbe

Als letztes und vorgeschrittenstes Ergebniss des Ineinandergreifens von Doctrin und Gesetzgebung auf diesem Gebiet sind wohl die den Anzeigenbeweis betreffenden Bestimmungen der badischen und württembergischen StPO der Jahre 1843 und 1845 zu betrachten und neben dem bayerischen Gesetz von 1813 als der Grundlage der meisten deutschen Gesetze über den Indicienbeweis bei dem Versuche der Charakterisirung dieses Theils der positiv-rechtlichen Beweistheorie hauptsächlich zu berücksichtigen.

IV. Die Hauptpunkte der gemeinrechtlichen Indicientheorie sind folgende:

1. Der Begriff der Anzeige ist aus historischen Gründen ein weiterer und ein engerer. Im weiteren Sinne umfasst er alles, was zum Beweis dient, aber nicht Beweis macht, also auch die unvollständigen natürlichen Beweisarten [28]. Andererseits hielt man sich oft an diese negative

---

geblieben: Forderung des unabhängigen, directen Beweises des objectiven Thatbestandes (ohne Lösung der Frage, ob letzterer durch Indicien bewiesen werden könne, wenn die Thäterschaft anderweitig bewiesen ist), Forderung einer bestimmten Zahl (zumeist 3, ausnahmsweise 2) von im Gesetz angeführten Verdachtsgründen, denen übrigens die unvollständigen natürlichen Beweisarten beigezählt werden, Vorschriften über den Beweis der einzelnen Indicien, Forderung eines entschiedenen Ineinandergreifens derselben und der aus dem Totaleindruck sich ergebenden Ueberzeugung von der Schuld des Angeklagten. Bei der im Jahre 1853 vorgenommenen neuen Redaction (v. Hye-Glunek, Leitende Grundsätze S 305 ff.) traten hauptsächlich folgende Aenderungen ein: An die Stelle der bindenden Aufzählung der Indicien trat die exemplificative; da dies jedoch nur dadurch geschah, dass das Gesetz an der entscheidenden Stelle die Worte einschaltete „oder von gleicher Stärke", und die Praxis sich an diese Bemessung der „Stärke" nicht wagte, blieb diese Aenderung ganz unbeachtet. Unvollständige (natürliche) Beweise wurden etwas höher taxirt, als eigentliche Indicien; von jenen genügten 2, wo 3 Verdachtsgründe, und 1, wo deren 2 gefordert wurden. Endlich wurde der Beweis der einzelnen Indicien beträchtlich erleichtert. — Dies vorausgeschickt wird es, um das System der österr. StPO v. 1853 verständlich und damit indirect auch das der älteren Gesetze anschaulich zu machen, genügen, wenn noch bemerkt wird, dass § 138 die „allgemeinen" rechtlichen Verdachtsgründe, die bei allen oder doch mehreren strafbaren Handlungen vorkommen, (unter Z. 1—11) aufzählt, ebenso § 139 eine Anzahl „besonderer aus der eigenthümlichen Beschaffenheit einzelner strafbarer Handlungen entstehender" und § 140 die als „nähere Verdachtsgründe anzusehenden" „unvollständigen Beweisarten". Die §§ 278 ff. regeln dann nur die Verwerthung der „zusammengesetzten Beweise" und des Indicienbeweises für das Endurtheil.

[28] Den äusseren Grund für die Heranziehung der unvollständigen Beweisarten boten die die letzteren und den halben Beweis betreffenden Bestimmungen der Carolina; der innere liegt allerdings in der gemeinsamen Unterordnung unter den Begriff des zusammengesetzten Beweises und in der Gleichheit der Aufgabe, die Gewissheit aus der Combination von Beweisgründen abzuleiten, die einzeln dazu zu schwach sind. Dennoch werden hier wesentlich verschiedene Dinge

Wirkung der Anzeige und wollte diejenigen Anzeigen ausscheiden, die für sich allein schon Gewissheit verschaffen [29]. Letztere Ausscheidung ist sachlich unhaltbar; aber erstere ist nothwendig, damit nicht die Darstellung durch Heranziehung des zusammengesetzten Beweises verwirrt werde. Unter diesen Voraussetzungen dürfte die Definition, die Henke [30] aufstellt, der gemeinrechtlichen Auffassung den treffendsten Ausdruck geben: „Unter Anzeige . . . versteht man, wenn man dieses Wort im strafrechtlichen, und zwar im eigentlichen Sinne gebraucht, eine mit einem begangenen Verbrechen oder mit der Begehung desselben in einem solchen Zusammenhange stehende Thatsache oder Thathandlung, dass wenn letztere in rechtliche Gewissheit gesetzt worden ist, von ihrer Existenz auf die Existenz derjenigen Thatsache, welche den Hauptgegenstand des Beweises bildet, mit Gewissheit oder mit Wahrscheinlichkeit geschlossen werden kann".

Solche Definitionen sind aber nicht geeignet, über das Wesen der Sache, um die es sich handelt, und zumal über die Voraussetzungen, von denen es abhängt, ob ein Indicium vorhanden sei, Aufschluss zu geben; es wird immer übersehen, dass auch bei natürlichen Beweismitteln eine Schlussfolgerung von der Thatsache der Aussage auf die zu beweisende Thatsache stattfindet, und andrerseits fallen bei der Betonung des „Zusammenhanges" Bedingung und bedingtes in eins zusammen [31].

---

zusammengeworfen, und aus dem Versuch, mangelhafte natürliche Beweise als Indicien zu behandeln, entstehen Willkürlichkeiten, die sich zum Theil darin ausdrücken, dass ein und dasselbe Beweiselement bald als ein halber, bald als ein Drittel-Beweis zählt. Vgl. Bauer, Anzeigenbeweis S 119—121 und die oben Anm 27 angeführten Bestimmungen der österr. StPO v. 1853.

[29] Dies thut z. B. Abegg § 135 S 236—237: „Eben darin besteht das eigenthümliche der Anzeigen, die deshalb nicht Beweis bilden, dass sie nur einen möglichen und wahrscheinlichen Zusammenhang anzeigen. Wäre er also nothwendig hergestellt, so wäre mehr als blosse Anzeige da". S. dagegen Bauer, Anzeigenbeweis S 134 f. und über die Sache selbst das. S 132; Müller § 125 Anm 5. Martin § 91 bei Anm 8.

[30] IV § 86. Vergl. Glaser, Handbuch § 61 Anm 2.

[31] Ersteres sieht Bauer, Anzeigenbeweis S 119 ein und weist deshalb auf die Verschiedenheit der directen und indirecten Beziehung zum Beweissatz hin. Bei jener beziehen sich nun allerdings die Schlüsse „direct blos auf die Glaubwürdigkeit der Beweismittel"; allein die Aussage lässt keinen Zweifel darüber, was aus ihr folge, wenn sie für wahr erkannt ist; was aber das Indicium vom Nichtindicium unterscheidet, dafür giebt es kein anderes Merkmal, als die psychologische Wirkung, den Eindruck, während die Theorie ja eben nach einem Merkmal sucht, das Beruhigung darüber geben soll, dass man sich dem Eindruck hingeben dürfe. Es ist hier der Zusammenhang und die beweisende Natur des Zusammenhanges festzustellen, und Aufgabe einer Beweistheorie wäre es, die materiellen Bedingungen

Gesetzgebung und Theorie waren daher zumeist bemüht, auf die Frage eine verständliche Antwort in der Weise zu geben, dass sie das Wesen der Indicien theils durch Aufzählung, sei es auch nur von Beispielen, welche für ähnliche Umstände mustergiltig sein sollten, theils durch Classification, welch letztere allerdings theilweise auch den Anhaltspunkt für positive Bestimmungen über die Vollständigkeit des Indicienbeweises zu bieten hatte, aufzuklären suchten. Von den verschiedenen gangbaren Eintheilungen[32] sind nur einige geeignet, diesen Dienst zu leisten. Man theilt die Indicien zunächst — anknüpfend an die Carolina — in gemeinschaftliche (ind. communia) und einzelnen Delicten eigenthümliche (propria)[33]. Eine grössere sachliche Bedeutung hatte die Eintheilung in unbestimmte oder allgemeine (generalia) und bestimmte Indicien[34]. Erstere sind solche Thatsachen, welche auf die Geneigtheit zu Verbrechen überhaupt oder zu einer bestimmten Art strafbarer Handlungen hinweisen, aber keine besondere Beziehung gerade zu dem eben zu untersuchenden Verbrechen herstellen[35]. Die

---

der Annahme beider festzustellen. Wenn ein Wahrsager eine bestimmte Person als Thäter eines Diebstahls bezeichnet oder den Thäter so beschreibt, dass die Merkmale auf den Beschuldigten passen, so lässt sich das Vorhandensein des „Zusammenhanges“ nicht bestreiten, und es handelt sich darum, den Grund klar zu machen, warum demselben die beweisende Kraft fehle.

[32] Die beste Uebersicht derselben bietet Müller, Lehrbuch §§ 126—129. Er sondert sie: a. nach der Quelle der Anzeigen, richtiger nach der Grundlage ihrer Anerkennung als solcher, in natürliche und gesetzliche (letztere bezeichnet Bauer, Lehrbuch § 161 III als solche, „deren Obersatz auch gesetzlich anerkannt ist“); b. nach dem Umfange ihrer Brauchbarkeit, dem Grade ihrer Beweiskraft und nach ihrem Verhältniss zum Verbrechen überhaupt; c. nach ihrem besonderen Gegenstande: 1. Indicien der Schuld oder Nichtschuld, 2. unmittelbare oder mittelbare Indicien (indicia indiciorum), 3. indicia auctoris und indicia corporis delicti (auch indicia delicti et delinquentis), mit der Unterabtheilung in indicia qualitatis et quantitatis corporis delicti; d. nach ihrem Verhältniss zu einander: zusammentreffende (harmonirende) Indicien und widersprechende (Gegenanzeigen, collidirende Anzeigen). — Vgl. auch noch Henke, Handb. IV 563—573; Bauer, Lehrbuch §§ 161—162; derselbe, Anzeigenbeweis S 139 ff. Mittermaier, Beweis S 414 ff.

[33] Müller a. a. O. § 127; Henke IV 567; Bauer, Lehrbuch § 162 VI.

[34] Bauer, Lehrbuch § 162 VII; Anzeigenbeweis S 153.

[35] Auf diesem Gebiet herrscht eine auffallende Mannichfaltigkeit in den Gesetzen der verschiedenen Länder. Bekannt ist der entschiedene Widerspruch, den das englische Recht dem Versuch entgegengesetzt, auf solche Momente in erster Linie den Anschuldigungsbeweis zu gründen, im Gegensatz zu der auch nach englischem Recht zulässigen Bestreitung des durch die Vertheidigung geltend gemachten guten Leumundes des Angeklagten. Die CCC hatte nur in beschränktem Maasse solche Verhältnisse der Person bei einzelnen Delicten als Bedingung

Eintheilung in nahe (nach dem Sprachgebrauche der CCC auch redliche, genugsame, ind. proxima) und entfernte (ind. remota), „je nachdem der zwischen der anzeigenden Thatsache und dem unmittelbaren Beweisgegenstande angenommene Zusammenhang ein gewöhnlicher ist, welcher der Erfahrung zufolge nur ausnahmsweise nicht stattfindet oder aber . . wenn nicht öfter, doch mindestens ebenso oft nicht begründet, als begründet ist“ [36]. Solche Gradationen bieten keinen be-

---

der weiteren Nachforschung oder der Anerkennung der verdächtigenden Beschaffenheit gewisser Thatsachen bezeichnet (A. 35. 37. 38. 41. 43). Aus dem oben Anm 27 angeführten ist zu sehen, dass die österr. Gesetzgebung durch derartige Verhältnisse nicht Indicien, aber Erleichterungen des zusammengesetzten Beweises für begründet ansah. Das bayerische StG erklärte einerseits (Art. 323), „die gute Aufführung, der bekannte Charakter oder die Lebensart eines Menschen, vermöge welcher sich das vorgefallene Verbrechen von ihm nicht erwarten lässt“, gebe „eine allgemeine Vermuthung der Unschuld“, wogegen „stärkere Verdachtsgründe erfordert werden“. Andererseits reihte es (Art. 318) „den Charakter einer Person im allgemeinen, ihren bisher geführten Lebenswandel“ unter die „nicht unmittelbar mit dem Verbrechen in Verbindung stehenden, unbestimmten, schwankenden Umstände“, welche „für sich allein keinen rechtlichen Verdacht gründen“, sondern nur solchen bestärken oder den Richter auf bestimmte Verdachtsgründe leiten. — Dem entspricht Art. 328 Abs. 1 und 333 Abs. 3 der württemb. StPO v. 1843. Dagegen erklärt § 262 der badischen StPO v. 1845 die Ueberweisung des Angeschuldigten durch blosse Anzeigungen für unstatthaft, wenn der Angeschuldigte nicht eine Person ist, zu der man sich des Verbrechens, dessen sie beschuldigt ist, versehen kann. Vgl. noch Mittermaier, Beweis S 454. Henke IV 571. Bauer, Lehrbuch § 162 VIII. Derselbe, Anzeigenbeweis S 153. 154. Mögen diese Schriftsteller über das Wort streiten, sie kommen doch darin überein, dass diese Verhältnisse „keine besondere mit dem Verbrechen in Verbindung stehende Thatsache darstellen, sondern nur einen allgemeinen Verdacht gegen die Person begründen“ (Bauer) und daher nur als „unterstützende oder adminiculirende Vermuthungen wirken“ (Henke).

[36] Henke IV 565. Mit Recht bemerkt Henke, dass hieher auch die Eintheilung der Indicien nach den ihnen zu Grunde liegenden Schlussfolgerungen (darauf beruht die Eintheilung der Indicien in nothwendige, necessaria, und nicht nothwendige, indicia contingentia; Bauer, Anzeigenbeweis S 149—151) gehört; nothwendige Indicien meint er, kämen wohl selten vor (was übrigens von Gegenanzeigen nicht richtig ist), und es sei von den Römern der Begriff der indicia ad probationem iudubitata et luce clariora, der argumenta evidentia, apertissima, liquida auf sie keineswegs beschränkt worden. Den Versuch, den Unterschied von nahen und entfernten Anzeigen gesetzlich zu definiren (das österr. Gesetz von 1853 §§ 137 u. 142 verweist nur auf „die mehr oder mindere Wahrscheinlichkeit“ und hilft durch Beispiele nach), machen namentlich die Art. 326 u. 327 des bayerischen StG von 1813. Vgl. auch Zachariä, Grundlinien S 129. 130 und die daselbst angeführten Stellen aus dem Corpus juris sowie folgende Stellen aus Cicero und Quintilian: Cicero de invent. I c. 29. „Omnis autem argumentatio aut probabilis, aut necessaria debet esse. — Necessarie demonstrantur ea, quae aliter ac dicuntur, nec fieri nec probari possunt, hoc modo: Si peperit, cum viro concubuit. — Simplex autem

grifflichen Anhaltspunkt. Recht eigentlich das Wesen der Sache aber trifft der Versuch, die Beziehungen selbst zu charakterisiren, aus welchen die Eignung einer Thatsache zur Anzeige für eine andere abgeleitet wird. Man sucht die Gesammtheit der Indicien zu diesem Zweck auf das Causalitäts-, das Coexistential- und theilweise daneben noch auf das Bedingungsverhältniss zurückzuführen; der letztere Gesichtspunkt wird nur ausnahmsweise gestreift, bezüglich der ersteren beiden wird hervorgehoben, dass „die anzeigende Thatsache bald als Ursache, bald als Wirkung des Verbrechens erscheint" oder „einen mit der Begehung des Verbrechens wenigstens in concreto zusammenhängenden Nebenumstand" bildet[37]. (Eine weitere Unterscheidung sachlicher Natur entsteht dann, je nachdem das Causalverhältniss ein physisches oder psychisches ist[38].) Mit dieser Eintheilung hat man aber oft eine andere in Verbindung gebracht, welche, weil sie sich an etwas äusserliches hält, leichter praktisch zu verwerthen schien und deren tiefere Begründung eben in einer (irreführenden) Anknüpfung an das Causalitäts- und Coexistentialverhältniss gesucht wurde. Es ist dies die Eintheilung der Anzeigen in vorhergehende (indicia antecedentia), gleichzeitige, begleitende, zusammenhängende (coëxistentia, concomitantia, concurrentia) und nachfolgende (subsequentia). Diese Eintheilung ist allerdings auf eine

---

conclusio ex necessaria consecutione conficitur, hoc modo: Si vos me istud eo tempore fecisse dicitis, ego autem eo ipso tempore trans mare fui, relinquitur, ut id quod dicitis, non modo non fecerim, sed non potuerim quidem facere. — Probabile autem est id quod in opinione positum est, aut quod habet in se ad haec quandam similitudinem, sive id falsum est sive verum. In eo genere, quod fere solet fieri, probabile hujus modi est: Si mater est, diligit filium; si avarus est, negligit jusjurandum". Vgl. auch c. 46. 48 ibid. — Quinctiliani Inst. orator. lib. V c. 10. „Credibilium autem genera sunt tria: unum firmissimum, quod fere accidit, ut: Liberos a parentibus amari; alterum velut propensius: Eum, qui recte valeat, in crastinum perventurum; tertium tantum non repugnans: In domo furtum factum ab eo, qui domi fuit". Ebendaselbst lib. V c. 9: „Dividuntur autem (signa) in has primas duas species, quod eorum alia sunt, quae necessaria sunt, quae Graeci vocant τεκμήρια; alia non necessaria, quae σημεῖα. Priora illa sunt, quae aliter habere se non possunt. . . Alia sunt non necessaria: quae etiamsi ad tollendam dubitationem sola non sufficiant, tamen adjuncta caeteris plurimum valent".

[37] Henke IV 567; Müller, Lehrbuch S 266. — Bauer, Lehrbuch § 163 stellt dem Causalverhältniss nur das Bedingungsverhältniss zur Seite. Das Coexistentialverhältniss, d. h. die Erfahrung, dass in der Regel die beiden Umstände mit einander verbunden sind, lasse sich immer auf ein Causal- oder Bedingungsverhältniss zurückführen.

[38] Bauer, Anzeigenbeweis S 165.

sehr natürliche Unterscheidung gegründet, welche zur Einreihung von Beispielen zweckmässige Handhaben bietet; sie ist daher auch schon sehr früh aufgetreten[39] und namentlich Feuerbach hat ihr eine Bedeutung beigelegt, die sowohl in seinem Lehrbuch[40], als im bayerischen Strafgesetz[41], dem andere Gesetze bald mehr bald weniger eng sich anschlossen, zum Ausdruck gelangt. Dass indess diese Eintheilung mit der vorher erwähnten nur scheinbar zusammenhängt, ergiebt sich schon daraus, dass das Causalitätsverhältniss ein zweiseitiges ist, welches bald die anzeigende, bald die angezeigte Thatsache als Ursache der anderen zeigt, und dass daher nichts unrichtiger wäre, als die ausschliessliche Einreihung der aus dem Causalitätsverhältniss erwachsenden Indicien unter die vorausgehenden. Abgesehen von den mancherlei Bedenken, welche sich gegen die Durchführung dieser Eintheilung ergeben[42], ist durchaus kein Grund vorhanden, den gleich-

---

[39] Vgl. oben Anm 8 und das oft angeführte Wort von Cicero: „quid ante rem, quid cum re, quid post rem evenerit". S. auch Zachariä, Grundlinien S 132. Mittermaier, Beweis S 416. 416. 417. Müller a. a. O. Bauer, Anzeigenbeweis S 144—148.

[40] §§ 547 ff. Feuerbach motivirt die Classification damit, dass „bei einem Verbrechen dreierlei in Betrachtung kommt: die rechtswidrige Handlung selbst mit den dabei vorgefallenen Umständen, ferner die Veranlassungen, Ursachen und Gründe des Verbrechens, endlich die Folgen desselben". Es liegt darin aber die Verwechselung der Beweisgegenstände und der Beweisgründe, wenngleich Feuerbach dabei nicht, wie Bauer, Anzeigenbeweis S 145 ihm vorwirft, „unter gleichzeitigen Anzeigen solche Thatsachen versteht, welche als Bestandtheile der Haupthandlung des Verbrechens anzusehen sind" (freilich giebt Feuerbach dazu Anlass, wenn er von den gleichzeitigen Anzeigen sagt, § 549: „Ihr Princip ist der Begriff des Verbrechens"); dass dagegen die Bedeutung einer Anzeige oft auf einer Anknüpfung an solche „Bestandtheile" der Haupthandlung, ja selbst an die für den Begriff des Verbrechens unentscheidenden Nebenumstände, beruht, ist richtig. Auf dem Uebersehen dieses Unterschiedes beruht zum nicht geringen Theil die Polemik, die nicht blos in Deutschland öfter gegen den englischen Ausdruck circumstantial evidence geführt wird, sondern in neuester Zeit in England selbst. Stephen, General view ch. VII p 265 ss.: No distinction between the factum probandum and other facts! . . A book in one volume is as much a book as if it filled twenty volumes, but no one would say that the twentieth volume was circumstantial evidence of the book. It is a part of the book itself.

[41] Art. 328 fordert „mehrere mit dem vorliegenden Verbrechen in bestimmtem Zusammenhang stehende gleichzeitige und mit vorausgehenden und nachfolgenden Anzeigungen verbundene Indicien".

[42] Bauer, Anzeigenbeweis S 146. 147 macht geltend, dass die Zeitpunkte, in welche das Hauptfactum und die anzeigende Thatsache fallen, leicht selbst ungewiss sein können und dass umgekehrt manche Indicien zweien oder auch allen drei Classen angehören können; z. B. die Gegenwart am Orte der That oder in dessen Nähe, vor oder nach Verübung derselben.



zeitigen Anzeigen eine stärkere Beweiskraft beizulegen. — Sachliche Bedeutung hat ferner noch die Eintheilung in Anzeigen der Schuld und der Unschuld, eine Eintheilung, welche mit der in Hauptanzeigen und Gegenanzeigen (Reprobatorialanzeigen) nicht verwechselt werden darf. Gegenanzeigen sind Thatsachen, welche bewirken, dass die Folgerung aus einer anzeigenden Thatsache auf die angezeigte, zu welcher sonst Grund vorhanden wäre, nicht gezogen werden kann, jene sei nun eine Anschuldigungs- oder Entlastungsthatsache (z. B. Thatsachen, welche in unverfänglicher Weise Blutflecken auf den Kleidern des eines Mordes verdächtigen erklären). Anzeigen der Unschuld sind dagegen Umstände, welche auf andere Anzeigen sich gar nicht beziehen, sondern selbständige Beweisgründe für das Gegentheil des Beweissatzes abgeben[43], sofern dieser eine belastende Thatsache enthält, oder welche selbständige Beweisgründe für eine entlastende Thatsache darbieten. Ein Beispiel für das letztere ist eine Thatsache, welche für die Annahme der Nothwehr spricht. Beispiele für das erstere sind Thatsachen, welche auf die Abwesenheit des Beschuldigten vom Thatorte, auf das Vorhandensein eines Motivs für die Unterlassung der That, auf die physische oder psychische Unfähigkeit zur Verübung derselben schliesen lassen. — Indem daneben noch das gegenseitige Verhältniss, die Harmonie und der Widerstreit der Indicien hervorgehoben wurde, betrat die Erörterung schon jenes

[43] Feuerbach, Lehrbuch § 561 fasst beide Arten unter dem Namen von Gegenindicien zusammen und sondert sie in contradictorische und conträre. Dagegen Müller § 129 Anm 5; Bauer, Anzeigenbeweis S 142. 143. 179. 180; Henke IV 573. Henke begreift übrigens unter „Entschuldigungsanzeigen" nur „diejenigen, die sich auf eine zum Entschuldigungsbeweise gehörige Thatsache" beziehen, also nach Henkes eigener Definition (a. a. O. S 570) auf eine solche, „welche entweder die rechtliche Möglichkeit der Bestrafung des zur Verantwortung gezogenen ausschliesst oder doch seine Strafbarkeit vermindert", mithin sowohl Thatsachen, die zum directen Entschuldigungsbeweis, als solche, die zum Einredenbeweis gehören (a. a. O. S 421). Mit den „Entschuldigungsanzeigen" will er aber trotzdem nicht die „Gegenanzeigen" verwechselt wissen, „Thatsachen, aus deren Vorhandensein das Gegentheil von demjenigen gefolgert werden kann, worauf Anzeigen schliessen lassen; sie sind demnach wirklich vorhandene Gegengründe, mithin wesentlich verschieden von einem Mangel an genügenden Gründen für die Annahme eines Causal- oder Coexistentialverhältnisses . . . . sei es nun, dass . . . . die angeblich anzeigende Thatsache und deren Entstehungsart auf nicht unwahrscheinliche Weise erklärt werden kann, oder sei es, dass selbst die Existenz dieser Thatsache noch nicht in vollständige Gewissheit gesetzt worden ist. Ein solcher Mangel an genügenden Gründen darf daher nicht, wie von Feuerbach geschehen ist, durch Gegenanzeige und zwar conträre Gegenanzeige . . . bezeichnet werden" (a. a. O. S 572. 573).

Gebiet, wo es darauf ankam, von der Betrachtung der einzelnen Indicien vorzuschreiten zum Ueberblick über das gesammte Beweismaterial; allein es war wichtig, schon vorher sich klar zu machen, dass jede einzelne Thatsache, die man abstract als eine (mögliche) Anzeige glaubte charakterisiren und classificiren zu können, eine solche nur unter gewissen Bedingungen negativer Natur sein könne, die man kurz so formuliren kann, dass keine entlastende Aufklärung und keine die Beweiskraft beeinträchtigenden Umstände sie abschwächen.

2. Ist so abstract festgestellt, was ein Indicium sein kann, so bedarf es nun zur prozessualen Verwerthung desselben der Prüfung der concreten Thatsache, in welcher ein Indicium von einer bestimmten Art erblickt werden soll. Die Anleitungen, welche hiefür ertheilt werden[44], lauten ziemlich übereinstimmend und tragen eine grosse Sorge für die logische Correctheit zur Schau. Es handelt sich um die Prüfung der Richtigkeit einer Schlussfolgerung; es muss daher, ehe ein einzelnes Indicium als brauchbares Material für die Construction des Indicienbeweises angenommen wird, untersucht werden: 1. die Verlässlichkeit des Obersatzes, 2. die rechtliche Gewissheit des Untersatzes, 3. die Schlüssigkeit der Folgerung. Es ist aber einleuchtend, dass die Operationen 1 und 3 gar nicht von einander getrennt gedacht werden können, und dass die Aufstellung des „Obersatzes“ auf einer Selbsttäuschung beruht. Jene wenigen Fälle ausgenommen, wo es sich um nothwendige Schlussfolgerungen handelt, kann der Obersatz nie mit voller Bestimmtheit hingestellt werden; er ist nur verlässlich, wo er denjenigen Einschränkungen unterworfen wird, welche nicht blos immer wiederkehrende Erfahrungen, sondern auch die im einzelnen Falle sich darbietenden Bedenken vorzeichnen. In Wahrheit geht man also in solchen Fällen nicht von einem Obersatz aus und untersucht sodann, ob der Untersatz darunter passe, sondern von einer concreten Thatsache, bezüglich deren man den Versuch macht, ob die aus ihr abgeleitete Annahme eine Generalisirung verträgt, welche sie als mit den Denkgesetzen in Einklang erscheinen lässt. Die Operation hat somit höchstens den Werth, dass sich bei dem Versuch, einen „Obersatz“ aufzustellen, zeigen kann, dass eine Formulirung, die den Untersatz als Indicium erscheinen lässt, gar nicht möglich, dass er zur Begründung auch nur der Wahrscheinlichkeit des Beweissatzes gar nicht zu brauchen ist. Sie ist in Wahrheit eine Revision der Gründe,

---

[44] Bauer, Lehrbuch §§ 168—170. Derselbe, Anzeigenbeweis S 163—174. Henke IV 575 ff. Müller § 130. Abegg § 136. Mittermaier, Beweis S 427. Derselbe, Strafverfahren § 178, II 447 ff. Württemb. StPO v. 1843 Art. 329. 330.



welche geneigt machen, gewisse Arten von Thatsachen als Anzeigen für gewisse Arten von Thatsachen abstract hinzustellen, mit dem Vorbehalte, dass die Prüfung des concreten Zusammenhanges nachfolge; diese entscheidet und hat nicht blos festzustellen, ob jene Gründe haltbar waren, sondern auch, ob sie, ungeachtet die concrete Thatsache die Merkmale der abstracten Anzeigethatsache an sich trägt, im vorliegenden Falle auch wirksam sind. In Wahrheit wird also ebenso sehr die Richtigkeit des Obersatzes angesichts des Untersatzes, als die Möglichkeit, diesen unter jenen unterzuordnen, geprüft. So löst sich das, was die Theorie für diese Procedur an die Hand giebt, auf in eine Anzahl von aus der Erfahrung geschöpften Sätzen von meist nur relativer Fassung[45]. Das wichtigste ist die Warnung, dass „in dem Obersatze die Conclusion schon enthalten ist", eine Warnung, die ihre Berechtigung hauptsächlich darin findet, dass der Obersatz erst angesichts der concreten Sachlage annähernd verlässlich gefasst werden kann und sich also ihr anpasst, statt sie vorzuzeichnen[46]. „Je gewisser dieser Satz in

---

[45] Man sehe z. B. die Ausführung in Bauers Lehrbuch § 168, die damit beginnt, dass die „Stärke einer jeden einzelnen Anzeige" hauptsächlich von der Zuverlässigkeit des Obersatzes abhängt. „Je gewisser dieser Satz in den Gesetzen der Natur oder des Denkens gegründet, je mehr derselbe durch die Erfahrung bestätigt, je inniger nach beiden Rücksichten das Verhältniss zwischen der anzeigenden Thatsache und der Hauptthatsache ist, desto mehr Kraft hat die auf diesem Obersatze ruhende Anzeige. Zu den hiebei zu beachtenden Momenten gehören besonders 1. die grössere oder geringere Stärke der in der Anzeige liegenden Ursache; 2. der kürzere oder längere Zwischenraum zwischen beiden Thatsachen; 3. der Unterschied zwischen dem auf physischen oder auf psychischen Gesetzen beruhenden Verhältnisse unter den beiden Thatsachen, und bei letzterem je nachdem die Anzeige von der Person an sich oder von deren Handlungen entlehnt ist; 4. die Frage nach dem Unterschiede zwischen unmittelbaren und mittelbaren Anzeigen; 5. die Beschaffenheit der Bedingungen, von welchen die Zuverlässigkeit des Obersatzes abhängig gemacht ist". Hiemit ist folgende Ausführung von Stephen zu vergleichen: „The general observations which men make on the world in which they live — the world of things, and the world of men — are embodied, more or less expressly and consciously, in a number of general assertions. These general assertions form the major propositions (tacit for the most part) of the conclusions, which it is one great business of our lives to draw; and whatever is capable of being made into a minor corresponding to one of these general propositions, is evidence of the thruth of the conclusion. The major propositions are of very different degrees of authenticity. Many of them are false. Few of them, except those which relate to comparatively simple phenomena, such as the relations of space and number, are perfectly explicit, and almost all require qualifications and reservations, which are seldom expressed, and, indeed, are far from being clearly understood (General view chap. VII p 237—238).

[46] Man kann z. B. nicht den Satz aufstellen: Blutflecken begründen den Verdacht der Tödtung; man wird vielmehr sofort hinzufügen müssen „unter Umständen".

physischen oder psychischen oder in Denkgesetzen gegründet und je mehr derselbe durch die Erfahrung bestätigt wird, desto grösser ist die Kraft der auf ihm ruhenden Anzeige", sagt Henke. Er kann sich eben darum nicht damit begnügen, zur Prüfung der Gründe zu mahnen, „worauf sich der Zusammenhang der anzeigenden mit der angezeigten Thatsache stützen lässt", sondern verweist auch darauf, „wie viele Gründe übrig bleiben, sie als nicht mit einander in Verbindung stehend zu betrachten". Er sowohl als Bauer betonen die grössere Verlässlichkeit der auf physischen Gesetzen beruhenden Gründe gegenüber den aus psychischen abgeleiteten. Letzterer giebt noch einige andere Winke; insbesondere meint er, der Schluss von Handlungen sei meist sicherer, als der von Eigenschaften der Person, und unter ersteren begründen die eigenen Handlungen einen sichereren Schluss, als die Handlungen anderer — zwei Behauptungen, die sehr anfechtbar sind[47] —, und der Schluss von individuellen Eigenschaften der Personen sei sicherer, als der von allgemeinen Eigenschaften

Die Umstände, welche die Geltung des allgemeinen Satzes ausschliessen können, sind aber so mannichfaltiger Natur, dass der allgemeine Satz, der sie zum Ausdruck bringen sollte, auf eine Tautologie hinausliefe; eine präcisere Formulirung wird also erst zu gewinnen sein, wenn man die concreten Umstände des Falles ins Auge fasst: dass die That in einer Weise verübt wurde, bei welcher es leicht geschehen konnte, dass der Thäter Blutflecke davon trug, dass der Zusammenhang der bemerkten Blutflecken mit dem Thäter (dass sie sich an Kleidern zeigen, die er an dem betreffenden Tage getragen hat) feststeht und dass nicht eine Entstehung derselben erkennbar ist, welche die Annahme ausschliesst, sie seien durch Verübung der That entstanden; also dass z. B. nicht anzunehmen ist, es handle sich um thierisches Blut, um ältere Blutflecken, um solche, die von einem bekannten harmlosen Anlass herrühren, dass der Thäter nicht eine Beschäftigung ausübt, bei welcher Blutflecken leicht entstehen u. s. w. Erst an der Hand aller dieser Erwägungen wird sich ein allgemeiner Satz aufstellen lassen, unter den der Untersatz allerdings um so gewisser passen wird, weil jener aus diesem abstrahirt ist. — Man vergleiche damit Henke IV 576: „Aber auch bei dem auf Naturgesetze gegründeten Obersatze ist immer noch die nur in concrèto zu erkennende Stärke der Ursache, aus welcher auf die Wirkung, oder die Unmittelbarkeit oder aber Mittelbarkeit der letzteren, in sofern daraus auf die Ursache geschlossen werden soll, die längere oder kürzere Zwischenzeit, welche die im Verhältnisse von Ursache und Wirkung betrachteten Thatsachen von einander trennt, in Erwägung zu ziehen, wenn es darauf ankommt, zu entscheiden, ob eine angebliche Anzeige auch wirklich beweisend sei".

[47] Bauer, Anzeigenbeweis S 165. Wenn von Handlungen geschlossen werden soll, so muss erst wieder von diesen auf Eigenschaften geschlossen werden; das wahre besteht also darin, dass die Eigenschaften eines Menschen verlässlicher aus seinen Handlungen, als aus den Urtheilen anderer zu erkennen sind. Ebenso giebt das Verhalten Dritter zu einer bestimmten Person oft verlässlichere Anhaltspunkte, als deren eigenes, vielleicht berechnetes Benehmen.

einer Menschenclasse. Das Dasein einer Bedingung des Verbrechens stehe mit diesem nicht in so genauem Verhältniss, als das Nichtdasein einer solchen; das in ersterem liegende Indicium sei um so stärker, „je seltener diese Bedingung ist“ [48]. Beachtung verdient auch, was über „die Mehrheit von Schlussfolgen, welche sich aus derselben anzeigenden Thatsache ableiten lassen“, gesagt ist, wobei aber eigentlich eine Mannichfaltigkeit der Umstände desselben Vorfalles gemeint ist [49].

Von viel greifbarerer Gestalt ist alles, was sich auf den Beweis der anzeigenden Thatsache (rechtliche Gewissheit des Untersatzes) bezieht [50]. Dass die anzeigende Thatsache „extensiv und intensiv vollkommen bewiesen und beweisend“ sein müsse (Henke), ist ein allgemeiner Satz, der seine nähere Bestimmung in Einzelfragen zu finden hat und zunächst bezüglich der Entschuldigungsanzeigen durch die Erleichterung, auf die der Vertheidigungsbeweis überhaupt Anspruch hat, findet. Die Carolina hatte der Forderung, dass die Indicien selbst festgestellt sein müssen, ehe sie für weitere Schlussfolgerungen benutzt werden, Ausdruck gegeben. Sie verlangte zwei Zeugen für das einzelne Indicium und gestattete nur die Erleichterung, dass eine Mehrheit von Indicien im ganzen durch zwei Zeugen bewiesen werden konnte (Art. 23 und 30). Man fand diese Erleichterung aber nicht genügend und brachte die wunderlichsten Dinge vor, um sich über das positive Recht hinaussetzen zu dürfen [51]. Aber immerhin war es richtig,

---

[48] Anzeigenbeweis S 166. Beispiele: Gegenwart am Orte der That, zu welchem nicht leicht ein anderer gelangen konnte; eine Eigenschaft oder Geschicklichkeit, welche nur wenige besitzen.

[49] Z. B. der Verdächtige befand sich in der Nähe des Thatortes kurz vor der That, sich verbergend und mit zur That geeigneten Werkzeugen versehen; oder er entfernte sich von dort bald nach der That mit Zeichen der Eile. Die Untersuchung, ob hierin eine Mehrheit von Anzeigen liege, war einst eine sehr wichtige, sie ist aber auf dem Boden der freien Beweiswürdigung eine müssige, ausgenommen soweit es sich darum handelt, zu prüfen, ob das Fundament, auf welchem der Beweis der einzelnen Umstände ruht, ein verlässliches ist, und sofern sie alle hinfällig werden, wenn das darüber vorhandene Zeugniss unverlässlich erscheint.

[50] Henke IV 577. Bauer, Lehrbuch § 169. Derselbe, Anzeigenbeweis S 168 ff. Mittermaier, Beweis S 426. 427. Derselbe, Strafverfahren II 447. 448. Müller § 130 Anm 4. Bayer. StG A. 325. Württ. StPO v. 1843 A. 330. Badische StPO v. 1845 § 261 Z. 3.

[51] Man sollte meinen, weniger als die CCC für ihre Zwecke gefordert hatte, durfte nicht zugelassen werden, wenn man auf positiv-rechtlichem Boden bleiben wollte. Aber Bauer sagt, Anzeigenbeweis S 172, diese Vorschrift gründe sich auf die von Schwarzenberg beabsichtigte Einschränkung des Anzeigenbeweises und sei daher mit der nach Abschaffung der Folter erfolgten Anerkennung der Statthaftigkeit des Indicienbeweises ausser Anwendung gekommen. Mittermaier half sich damit,

dass die Benutzung der unvollständigen Beweise in der CCC nicht geregelt war und dass deren Verwerthung für den Nachweis anzeigender Thatsachen nicht entbehrt werden konnte. Die Hauptsache aber war der innere Widerspruch, in den man gerieth, wenn man der älteren Doctrin folgte, welche, sich darauf stützend, das incertum könne nicht per aeque incertum bewiesen werden, von Indicien der Indicien nichts wissen wollte. Ist der Indicienbeweis geeignet, volle Gewissheit herzustellen, so ist er es gewiss noch eher, wenn es sich darum handelt, eine nur mittelbar entscheidende Thatsache zu beweisen. Der Sieg dieser Ansicht war um so mehr gesichert, weil diejenigen, die dem Indicienbeweis als solchem die Anerkennung versagten, sich mit dieser Frage nicht zu beschäftigen hatten; die übrigen konnten sie consequenterweise nur bejahen; doch gingen gerade hier die gemeinrechtlichen Schriftsteller voraus, und die Gesetzgebung schloss sich nur zögernd dieser Richtung an[52].

3. Was endlich die Schlussfolgerung betrifft, welche sich aus der anzeigenden Thatsache ergiebt, so ist schon oben bemerkt worden, dass man sich dabei eigentlich im Kreise drehte, und dass man sie aus dem Obersatz nur ableiten kann, wenn man sie vorher in denselben hineingelegt hat[53]. Alle Regeln, die hier ertheilt

---

im Art. 23 sei „nur gesagt, wie dieser Beweis, wenn Zeugenbeweis da ist, beschaffen sein muss"; Strafverf. a. a. O. Anm 4. Müller a. a. O.

[52] Das bayerische Gesetz A. 325 verlangt nur, dass die Anzeige, um „volle Wirkung" zu haben, „vollkommen bewiesen" sein muss. Art. 330 württ. StPO fügt die Worte ein „mittelbar oder unmittelbar". Die badische StPO § 261 Z. 3 gestattet nicht, dass die Thatsachen, welche den Anzeigungen zu Grunde liegen, selbst „blos auf Anzeigungen beruhen", sondern fordert, dass sie mindestens „durch unmittelbare Beweismittel in Verbindung mit Anzeigungen als rechtlich gewiss hergestellt sind". Das österr. Gesetz v. 1833 hatte im § 8 gefordert, dass die Anzeigungen „für sich rechtlich erwiesen seien", und dies ward unbestritten so verstanden, dass Indicien der Indicien dazu nicht ausreichen (Kitka, Beweislehre S 400—403). Die StPO v. 1853 hat im § 282 den Satz beibehalten; nach dem Zeugniss Hyes, Leitende Grundsätze S 309, ward aber der bisherige Stand der Dinge durch die allgemeine Anerkennung des Zusammentreffens zweier unvollständigen natürlichen Beweisarten als rechtlichen Beweises modificirt; Rulf II 136 geht aber weiter und interpretirt die angeführten Worte so, dass der Beweis der Verdachtsgründe wieder durch Verdachtsgründe geführt werden könne, wobei er allerdings übersieht, dass das Gesetz den Beweis durch „Zusammentreffen der Verdachtsgründe" in einer Art regelt, welche auf den Beweis von Verdachtsgründen gar nicht anwendbar ist, so dass dieser „rechtliche Beweis" jeder gesetzlichen Regelung entbehren würde.

[53] Sie ergiebt sich dann freilich „von selbst, so dass sie nicht einmal ausdrücklich aufgestellt und einer besonderen Prüfung nach den Regeln der Logik unterworfen zu werden braucht" (Abegg § 134, vgl. Bauer, Lehrbuch § 168—170).



werden können, lösen sich daher in Warnungen vor logischen Sprüngen, vor zu weit gehenden Folgerungen, in Mahnungen auf, dass die „rein logische Operation durch gereifte Erfahrung sehr unterstützt werden kann“ [54]. In Wahrheit liegt dem allen zu Grunde, dass es abstracte, unbedingt fungirende anzeigende Thatsachen so wenig giebt, als unbedingt beweisende Zeugen. Die Frage kann also nur concret gefasst werden: Kann aus der festgestellten Thatsache unter den Umständen, unter welchen sie sich zutrug, auf die zu beweisende geschlossen werden, — ergiebt sich daraus die Gewissheit, oder da dies nur selten der Fall sein kann, die Wahrscheinlichkeit der letzteren? Also auch hier nur eine Anweisung, wie zu fragen ist, nicht eine aprioristische Sicherung der richtigen Antwort.

In noch höherem Grade gilt dies bei den Anleitungen zu dem letzten entscheidenden Schritt, welchen die gemeinrechtliche Theorie nicht blos sine lege, sondern contra legem thun musste: Annahme eines vollen Beweises auf Grund von Indicien. Die Feststellung der Bedingungen des „vollständigen Beweises“ durch Indicien musste sich anders gestalten, wenn diese lediglich auf rationellem Wege abgeleitet werden sollten, und anders, wenn der Gesetzgeber von seiner freien Hand Gebrauch machte: eine Sonderung, die in der bezüglichen Literatur allerdings nur selten eingehalten ist. Man kann aber mit grosser Sicherheit folgendes als das Ergebniss der gemeinrechtlichen Theorie [55] als solcher hinstellen: Wenn man von den seltenen Fällen absieht, wo aus einem Umstand nothwendig der andere folgt, so liegt es in der Natur der Dinge, dass die einzelne anzeigende Thatsache nur Wahrscheinlichkeit begründet, und dass daher Gewissheit nur durch eine Mehrheit von Anzeigungen erlangt werden kann; eine bestimmte Zahl lässt sich nicht fordern; und ebenso wenig lässt sich rationell die Forderung aufstellen, dass die zusammentreffenden Indicien verschiedenen Kategorien angehören müssen. Es kann also nur gefordert werden, dass die Mehrheit eine wirkliche [56],

---

[54] Bauer, Anzeigenbeweis S 175.

[55] S. namentlich Henke IV 572. 578—582. Bauer, Lehrbuch § 172. Derselbe, Anzeigebeweis S 176 ff. Müller § 131. Zachariä, Grundl. S 254. (Mittermaier bietet, Beweis S 460 ff. Strafverf. II 481, dem Standpunkt des Verf. entsprechend, nur eine Abstraction aus den Gesetzen.)

[56] Stübel, Criminalverfahren § 964. Mittermaier, Beweis S 433. Jenull IV 71. Henke IV 581. S. namentlich Bauer, Anzeigenbeweis S 180 ff. Es handelt sich da theilweise um Vermeidung grober Irrthümer, wie z. B. wenn eine Anzeigung durch mehrere indicia indicii bewiesen wird. Leichter täuscht die scheinbare Mehrheit, welche darin liegt, dass dieselbe Anzeigung aus verschiedenen Thatumständen entspringt; z. B. verschiedene drohende Aeusserungen, verschiedene

nicht etwa durch mehrfache Benutzung desselben Thatumstandes künstlich geschaffene sei — dass die einzelnen Anzeigen sich gegenseitig ergänzen und unterstützen[57] — dass nicht Gegengründe vorhanden

Versuche, sich das Gift zu verschaffen, der Besitz mehrerer gestohlener Sachen, oder umgekehrt. Indess ist es nicht immer leicht, zu erkennen, ob es sich um eine Mehrheit von Anzeigungen handle. In der Nähe der Leiche wird ein Dolch gefunden, den der Angeklagte kurz vor dem Vorfall angeschafft hat; mit Recht behauptet Bauer, dass das zwei Umstände seien, deren einer eine Vorbereitungshandlung enthält, der andere eine Anzeige der verdächtigen Gegenwart am Thatort. Allein Kitka, gegen welchen die Bemerkung gerichtet ist, nimmt nur an, es werde ein Degen, den der Angeschuldigte um die Zeit der That besessen habe, am Ort der That mit Blut befleckt gefunden, und warnt davor, drei Anzeigen hieraus abzuleiten; hier sind in der That nur Umstände gegeben, welche einerseits vermuthen lassen, dass die That mit dem Degen verübt wurde, und andrerseits den Besitzer desselben mit ihr in Verbindung bringen, und nicht, wie Bauer sagt, „mehrere Schlussfolgen, welche aus einer anzeigenden Thatsache auf eine angezeigte Thatsache schliessen lassen". Der Ansicht, dass nur ein Indicium vorliege, pflichtet auch Mittermaier ANF 1844 S 381, der Ansicht Bauers Rulf, Commentar zu § 280 StPO v. 1853 bei. Andere Beispiele bei Kitka, Beweislehre S 378 ff. — Schwerer noch ist es, über Einheit und Mehrheit zu entscheiden, wenn der Beschuldigte in der Nähe des Thatortes verkleidet, sich verbergend oder von dort fluchtartig sich entfernend gesehen wurde. Mag sein, dass der diesen Vorfall erzählende Zeuge nur eine Thatsache erzählt, so hat doch diese zwei Eigenschaften, deren jede eine andere Folgerung rechtfertigt; es ist bewiesen, dass der Angeklagte in der Nähe des Thatortes war, und es ist noch ein verdächtiges Benehmen bewiesen, das auch ohne die Nähe des Thatortes verdächtig bliebe. Aehnlich verhält es sich mit Lügen, welche vorgebracht werden, um einzelnen an sich verdachterregenden Umständen diese Eigenschaft zu nehmen. „Es ist schon der Besitz des gestohlenen Gutes, ohne Auskunft über die Erwerbung, eine Anzeige; giebt aber der Besitzer die Art der Erwerbung an und diese wird falsch befunden, so enthält diese Lüge, als eine neue Thatsache, ein neues Indicium" (Bauer, Anzeigenbeweis S 184). Allein da der Besitz des gestohlenen Gutes nur wenn er nicht unverdächtig erklärt werden kann, einen Verdachtsgrund bildet, ist die Lüge ja nur eine Form der Erfüllung jener negativen Bedingung. Dagegen sieht die österreichische StPO v. 1853 § 281 in der offenbaren Lüge des Angeschuldigten einen Grund der Beweiserleichterung. Zwei Anzeigungen nimmt Bauer ferner an, wenn der Angeschuldigte kurz nach dem Morde mit blutbefleckter Kappe gesehen wurde und „nachher" dieselbe ins Wasser geworfen hatte. Man lasse aber das „nachher" weg: kurz nach der That ward der Angeschuldigte am Flussufer gesehen, wie er seine blutbefleckte Kappe ins Wasser warf — sicher nur eine Thatsache, aber allerdings die Quelle doppelten Verdachtes, insoferne von ihr einerseits auf die Ursache der Befleckung, andererseits auf das Motiv des Wegwerfens zu schliessen ist. So zeigt sich, dass die scheinbar klarste und bindendste Norm, die Forderung einer Mehrheit von Anzeigen, dem Zweifel und der subjectiven Auffassung des Richters noch weiten Spielraum gönnt. S. noch Mittermaier in GA 1866 S 598.

[57] Henke IV 579. 582 legt das grösste Gewicht auf dieses Ineinandergreifen, „so dass die Vorstellung von der Verbindung zwischen der Anzeige und

seien[58], welche sie widerlegen, und dass aus dieser Combination von beweisenden Thatsachen sich „ein innerlich verbundenes Ganze bilde, welches vernünftigerweise und nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge anders nicht als aus dem Vorhandensein der zu erweisenden Thatsache erklärt werden kann“[59]. Näher tritt dem kritischen Punkte auch hier Bauer[60], wenn er von einer aus dem „Sammtergebniss aller vereinigten Indicien entspringenden Nöthigung zur Annahme der Wahrheit der angezeigten Thatsache“ spricht, und dann fortfährt: „Diese die Ueberzeugung des Richters bestimmende Nöthigung

---

diesem Gegenstande mehr als einmal bekräftigt wird; so entsteht eine zusammengesetzte (combinirte) Anzeige“. Vgl. Bauer, Anzeigenbeweis S 186.

[58] Mit Recht warnt hier Bauer a. a. O. S 185. 186 vor der Verwechselung der Beseitigung eines Indiciums durch ein Gegenindicium — was allerdings nicht hindert, dass die anderen unwiderlegten Indicien einen vollständigen Beweis herstellen — mit einem „wider das Sammtergebniss aller vorhandenen Anzeigen“ sprechenden Gegenindicium. Diesem letzteren spricht auch Bauer die Wirkung zu, dass es die Vollständigkeit des Indicienbeweises nicht entstehen lasse, und anderes ist auch in der von ihm angegriffenen Aeusserung Müllers § 131 Anm 12 nicht gesagt, s. das. bei Anm 5 u. 11. Mittermaier, Strafverfahren II 484 verlangt nur, dass die „Gegenanzeigen und Vermuthungen auf eine glaubhafte Weise widerlegt seien“; allein wie er früher, a. a. O. S 483 Anm 90, schon sagt: „Wenn aus dem Mangel aller denkbaren Gründe zur That Zweifel übrig sind, so sollte man nicht zu einer Strafe schreiten“, so fügt er später hinzu: „Es darf kein Grund da sein, welcher das aus den Anzeigen fliessende Ergebniss als unwahrscheinlich darstellt“ (z. B. Wahrscheinlichkeit eines Alibi), „und keine anderen Umstände dürfen die Vermuthung geben, dass eine andere Person der Thäter sei“. Letztere Wendung knüpft an Nr 5 des Art. 328 des bayerischen Gesetzes an, wo überdies gefordert wird, dass die Indicien „mit anderen erwiesenen Umständen der That nicht im Widerspruche stehen und der Inquisit keine besonderen gegründeten Anzeigungen der Unschuld für sich hat“. Henke IV 581. 582 fordert: „dass den in dieser Art zusammentreffenden Anzeigen, oder auch nur einigen derselben kein aktenkundiges specielles Gegenindicium, wodurch ein Zweifel an der Richtigkeit jener Erklärung begründet werden könnte, gegenübersteht“. . . Als Schlussergebniss kann man hier aber wohl ansehen, dass die selbständigen Gegenindicien zu würdigen und gegen die Indicien abzuwägen sind; wie dies Art. 333 der württemb. StPO v. 1843 ausdrückt: „Bei der Beurtheilung des Gewichts der Anzeigen für die Schuld hat der Richter zugleich die entgegenstehenden Anzeigen für die Unschuld in Erwägung zu ziehen. Zu diesen gehört, wenn kein Interesse des Beschuldigten an Begehung der That erkennbar ist oder diese sogar mit dem Interesse desselben im Widerspruche stand; wenn bei Verübung des Verbrechens Schwierigkeiten und Hindernisse vorhanden waren, deren Ueberwindung durch den Angeschuldigten nicht wahrscheinlich ist; wenn sich letzterer nach vorgefallenem Verbrechen so benommen hat, wie es von demjenigen, welcher sich der That bewusst war, nicht wohl erwartet werden konnte“.

[59] Henke IV 582.

[60] Anzeigenbeweis S 187.

beruht aber darauf, dass es an einem bestimmten haltbaren Grunde fehlt, welcher, nach den Gesetzen des Denkens und nach der Erfahrung, die Annahme des Gegentheils zu rechtfertigen vermöchte. Alsdann kann die auch beim directen Beweis stets bleibende Möglichkeit des Gegentheils und einer entgegengesetzten Erklärung, mithin auch die Aufstellung blosser Gegenhypothesen die juristische Gewissheit der erschlossenen Thatsache nicht zweifelhaft machen“ [61].

Die Gesetze konnten den vorstehend bezeichneten Forderungen nur in zum Theil bereits angeführten Wendungen Ausdruck geben. Was sie hinzuzufügen vermochten, das waren nur Bestimmungen über die Zahl der zum vollen Beweis erforderlichen Indicien, combinirt mit der Angabe von Classen, aus denen sie etwa zu entnehmen waren, und mit Beschränkungen der Verwendung des so geregelten Indicienbeweises. Das wichtigste hievon ist schon oben S 114 ff. mitgetheilt.

§ 2. Wesen, Eigenart und Werth des Indicienbeweises.

I. Ein Indicienbeweis ist dann geführt, wenn entweder 1. die Wahrheit der zu beweisenden Thatsache aus einer anderen, nicht in ihrer persönlichen Wahrnehmung bestehenden Thatsache oder aus einer Verbindung solcher Thatsachen nothwendig folgt; oder 2. wenn auf die zu beweisende Thatsache aus anderen Thatsachen

---

[61] Interessant ist der Wechsel im Ausdruck dieses Gedankens in den einander folgenden österreichischen Gesetzen. Die Josephinische CrGO von 1788 (§ 144) forderte, dass „wenigstens nach dem gewöhnlichen Laufe menschlicher Handlungen niemand als der Untersuchte in einer so nahen Gelegenheit, bei solchem Anlasse und in dieser Bestimmung sich befunden haben kann“; das StG vom Jahre 1803 (§ 412 II): dass „nach dem natürlichen und gewöhnlichen Laufe menschlicher Handlungen unmöglich zu begreifen ist, dass ein anderer . . . . sich befunden habe“; das Ges vom Jahre 1833 (§ 1 Nr III): es müsse sich „eine so nahe und deutliche Beziehung der That auf die Person des Angeklagten ergeben, dass nach dem natürlichen und gewöhnlichen Gange der Ereignisse nicht angenommen werden kann, es habe ein anderer als der Beschuldigte die That begangen“. Das Ges von 1853 schliesst sich an letztere Fassung zwar an, setzt aber an Stelle der hervorgehobenen Worte: „kein Grund zu zweifeln übrig bleibt“. Vgl. noch das bayerische StG von 1813 Art. 328 Nr 3, welches eine Uebereinstimmung fordert, welche „nach dem ordentlichen Laufe der Dinge nicht anders als aus der Begehung des Verbrechens vernünftigerweise erklärt werden kann“. Auch hier schliesst sich die württemb. StPO v. 1843 eng an, wo es Art. 336 heisst: „dass ihre Uebereinstimmung vernünftigerweise nicht anders als aus der Wirklichkeit jener Beweisgegenstände erklärt werden kann“. (S. auch die Formulirung in der StPO des Cantons St. Gallen v. Jahre 1865 Art. 176, angeführt von Mittermaier in GA 1866 S 314.)

der bezeichneten Art mit Wahrscheinlichkeit geschlossen werden kann und sich dieselbe zugleich als die einzige darstellt, welche zu allen zur Gewissheit erhobenen Umständen des Falles so passt, dass sie sich gegenseitig in befriedigender Weise erklären.

1. Das erste ist keineswegs ein so seltenes Ergebniss, wie gemeinhin angenommen wird, und zwar meistens deshalb angenommen ward, weil man einerseits sich dabei immer an einen einzigen Thatumstand hielt, welcher für sich allein die Wahrheit des Beweissatzes darthun sollte, andererseits nicht an eine einzelne zu beweisende Thatsache, sondern an den Beweis eines ganzen Complexes von Thatsachen (der Schuld im vollen Umfange) dachte. Sieht man von beiden übertriebenen und in der Natur der Sache nicht gelegenen Forderungen ab, so braucht man keineswegs sich auf das regelmässig auftauchende Beispiel von der Schwangerschaft, die den Coitus beweise, oder von den negativen Indicien zu beschränken. In einer kürzlich mir vorgekommenen Untersuchung kam es darauf an, festzustellen, zu welcher Zeit die Leiche des Ermordeten auf eine bestimmte Wiese gelegt worden sei; man wusste, dass zu einer gewissen Stunde Regen eingetreten war, und man fand den von der Leiche gedeckten Raum allein trocken. Mit Nothwendigkeit ergab sich hieraus, dass die Leiche vor der fraglichen Stunde an jenen Ort gelangt war. In einer mir ebenfalls aus den Akten bekannten Strafsache stellte sich folgendes heraus: In einer Gesellenherberge war ein besonderes Zimmer für die Aufnahme der Koffer der Gesellen bestimmt; den Schlüssel zu dem stets verschlossen gehaltenen Zimmer verwahrte eine unbedingt verlässliche Person; in einem gegebenen Augenblick waren nur zwei Koffer in dem Zimmer, beide verschlossen; der später angeschuldigte war Eigenthümer eines derselben und besass allein den Schlüssel davon; er liess sich den Schlüssel zum Zimmer geben, blieb eine Zeit lang allein darin, verliess dasselbe sodann mit seinem Koffer und stellte den Schlüssel zurück. Bald darauf ward der andere Koffer erbrochen gefunden und am nächsten Morgen fand man, dem in seine Heimath abgereisten Angeschuldigten nacheilend, in dessen Koffer alle fehlenden Sachen. Die Folgerung aus diesen Umständen ist sicher eine nothwendige. — Wenn jemand zu einer bestimmten Stunde lebend in einem Zimmer gesehen wurde, in das erwiesenermaassen nur ein Mensch eintrat, und wenn er, nachdem dieser das Zimmer verlassen, enthauptet gefunden wird, so kann gar nicht daran gezweifelt werden, dass und von wem er getödtet wurde. Allerdings wird hiezu erfordert, dass auch die Thatsachen, aus welchen gefolgert werden soll, nicht blos wahrscheinlich, sondern gewiss seien, was zumal bei negativen

Thatsachen seine grossen Schwierigkeiten hat. — Andrerseits giebt es einen Grad der Wahrscheinlichkeit, der der Gewissheit nahe kommt und der aus der ausserordentlich grossen Unwahrscheinlichkeit anderweitigen Sachverhaltes sich ergiebt und dahin führen muss, dass der menschliche Geist sich gegen die Nichtannahme der zu beweisenden Thatsache geradezu sträubt. Zehn Personen haben z. B. an einer bestimmten Mahlzeit theilgenommen, acht haben von einer gewissen Speise gegessen, die einen mehr, die andern weniger; die am meisten assen, sind gestorben, die übrigen im Verhältniss zu der Menge der eingenommenen Speise erkrankt; die zwei, die von der Speise nichts genossen, sind vollkommen gesund geblieben. Die Annahme, dass die Speise vergiftet war, ist hier zwar nicht eine mit Nothwendigkeit sich aufdrängende; aber an einen immerhin an sich denkbaren Zufall, der die Erscheinung sonst erklären sollte, glaubt wohl niemand, und man wird sich daher gedrängt fühlen, die Folgerung einer nothwendigen gleichzuachten.

Es giebt zahlreiche Fälle, wo man sich diesem Zuge hingiebt, ohne dabei die Bedenken zu hegen, welche gewöhnlich in Bezug auf Indicienbeweis ausgesprochen werden. In der Mehrzahl der Fälle, wo man vom Beweis durch Sachverständige spricht, handelt es sich um solche Folgerungen von wahrnehmbaren Erscheinungen auf nicht mehr wahrnehmbare Thatsachen, nur dass die Wahrnehmung oder die Folgerung oder beides blos mit Hilfe von Sachverständigen ausführbar ist[62]. Ebenso wird der Beweis des Schuldmomentes (dolus und culpa), wenn nicht Geständniss vorliegt, nur durch Folgerung aus erwiesenen Thatumständen, oft nur aus einem einzigen Umstande genommen[63]. Es handelt sich hier immer darum, dass die Gesetze der physischen oder psychischen Natur, auf eine festgestellte Thatsache angewendet, zu einer bestimmten Folgerung mit Nothwendigkeit (in der doppelten oben bezeichneten Abstufung) hindrängen.

2. Andere Fälle giebt es allerdings, wo nicht ein Umstand allein oder ein aus einer Combination von Umständen gebildeter einheitlicher Beweisgrund in solcher Weise die Annahme der zu beweisenden Thatsache aufnöthigt; allein es liegt ein Umstand vor, welcher dieselbe wahrscheinlich macht; es kommt hiezu ein zweiter, welcher einen zweiten hievon ganz unabhängigen Beweisgrund bildet, aber in ähnlicher Weise nur ausreicht, die Thatsache wahrscheinlich zu machen;

---

[62] Vgl. Mittermaier in GA 1868 S 318.

[63] S. oben S 46 ff. — Vgl. insbesondere Osenbrüggen, Abhandlungen S 160 ff.

so vielleicht noch ein dritter u. s. w. Es entsteht nun die Frage, ob aus einer solchen Aneinanderreihung von Wahrscheinlichkeitsgründen rationelle Gewissheit geschöpft werden könne? Auch diese Frage ist keine dem Indicienbeweise ganz eigenthümliche. Ihre Bejahung liegt vielmehr der Zulassung des sog. zusammengesetzten Beweises zu Grunde, dessen historischer Zusammenhang mit dem Indicienbeweis, wie sich oben ergab, in der That ein sehr enger ist; er beruht in seiner Reinheit, losgelöst von der Behandlung der Indicien als unvollständiger Beweise und der unvollständigen natürlichen Beweise als Indicien, eben darauf, dass eine Reihe von Beweisgründen, aus deren jedem nur Wahrscheinlichkeit hervorgeht, sich zu solcher Bekräftigung des Beweissatzes zusammenfindet, dass dieser als gewiss erscheint. Man muss sich dabei allerdings jetzt gegenwärtig halten, dass es unvollständige Beweise im früheren Sinne nicht giebt, solche nämlich, denen zu voller Beweiskraft ein a priori vorgezeichnetes gesetzliches Merkmal fehlt; und noch weniger ist an jene mechanische Behandlung zu denken, welche sich aus der Aufstellung willkürlicher Zahlenbestimmungen, aus der Annahme eines halben Beweises und dergl. ergab. Letzterer Vorgang legte es nahe, an ein förmliches Zusammenrechnen zu denken, was nun freilich den Eindruck macht, man erwarte, dass aus einer Addition von Wahrscheinlichkeitsgründen an und für sich Gewissheit erwachsen könne[64]. Allein die logische Rechtfertigung des Vorganges liegt darin:

[64] Uebrigens lässt sich dieses Zusammenwirken von Wahrscheinlichkeitsgründen allerdings auch ziffermässig anschaulich machen, wenn auch nur mit dem Vorbehalt, dass hier Zahlen (schon deshalb, weil sie willkürlich angenommen werden) nicht beweisen, sondern nur verdeutlichen können. Nehme man an, dass die in einem völlig überzeugenden Beweismittel liegenden Impulse für die Annahme einer Thatsache sich durch + 12 ausdrücken lassen, und denke man bei mehreren zusammentreffenden Beweismitteln die dadurch hervorgebrachte Wirkung ausdrückbar durch: + 8—2, + 10—4, + 7—1, so ergiebt sich als Gesammtresultat: 25—7, also eine um die Hälfte grössere Summe von Antrieben zur Annahme der Thatsache, als sie durch ein einzelnes, an sich völlig unbedenkliches Beweismittel erlangt werden kann. Vgl. übrigens Wills p 281 ss. und die dort angeführte Bemerkung von Playfair: It were absurd to say that the sentiment of belief produced by any probability is proportioned to the fraction, which expresses that probability; but it is so related to it, or ought to be so, as to increase, when it increases, and to diminish, when it diminishes. Dagegen aber heisst es nicht weit davon (p 279), die Steigerung der Kraft zusammenhängender unabhängiger Umstände sei die gleiche wie bei dem Zusammentreffen von einander unabhängiger Zeugen für dieselbe Thatsache; liessen diese Elemente ziffermässige Schätzung zu, so würde das Ergebniss ihres Zusammenwirkens durch einen Bruch darzustellen sein, dessen Zähler das Product der Chancen der Richtigkeit jedes Zeugnisses, dessen Nenner die Summe aller günstigen und ungünstigen Chancen aller Zeugnisse sein würde, wobei für letztere das Product der verschiedenen Mängel der verschiedenen Zeugnisse

Es ist an sich immerhin auffällig und nicht zu erwarten, dass die Unwahrheit den Schein der Wahrheit erlangt, dass eine Thatsache vorhanden ist, die dazu verlockt, für wahr zu halten, was doch nicht wahr ist. Es ist aber noch weniger zu erwarten, dass dieser täuschende Zufall, an sich ein seltener, ein zweitesmal und noch öfter in derselben Richtung sein Spiel treibe. Je mehr Thatsachen also zusammentreffen, bei welchen, damit man an der Wahrheit der durch sie bezeugten Thatsachen noch zweifeln könne, dieses Spiel des Zufalls angenommen werden müsste, und je unabhängiger sie von einander sind, desto weniger Einfluss wird dieser Zweifel zu üben vermögen. Die Aussage eines Zeugen kann, obgleich im übrigen befriedigend, einen Zweifel zurücklassen, weil ein Motiv vorhanden ist, welches ihn zu einer unwahren Aussage bestimmen kann. Nun kommt aber ein zweites Zeugniss hinzu, das zwar nicht an diesem Gebrechen leidet, aber eine schwankende, in einigen Nebenumständen sich unrichtig zeigende, ein unsicheres Wahrnehmungs- oder Erinnerungsvermögen darstellende Aussage bietet. Hier müsste schon angenommen werden, dass der eine Zeuge lügen will, ohne dass es möglich ist, ihn auf einer Lüge zu ertappen, der zweite durch Irrthum verleitet wird, dieselbe Unwahrheit auszusagen, die der andere planmässig vorbringt. Nehme man nun aber an, es käme dazu noch ein Geständniss, das der Angeklagte unter Umständen, die es bedenklich machen, aber ihm nicht alle Beweiskraft rauben, abgelegt hätte. Die Zweifelsgründe, welche jedem einzelnen dieser Beweismittel entgegenstehen, werden an sich durch das Vorhandensein der anderen Beweismittel nicht beseitigt oder auch nur abgeschwächt. Allein wenn vorausgesetztermaassen schon bei jedem einzelnen der erwähnten Beweismittel die Annahme, dass dasselbe trügerisch sei, die Wahrscheinlichkeit gegen sich hat, so ist es nahezu undenkbar, dass drei Beweisgründe zusammentreffen, bei deren jedem diese unwahrscheinliche Supposition sich verwirklicht hat. Dazu wäre ein geradezu wunderbares Spiel des Zufalls erforderlich, an welches zu glauben der Mensch sich sträubt, bis er für solches Zusammentreffen einen mindestens plausiblen Er-

einzustellen wären. Ueber die von Laplace und Lacroix zuerst angeregte Anwendung der Wahrscheinlichkeitsrechnung auf Prozessfragen vgl. Best § 73 Anm y u. z. Globig I 22 ff. Schnuse im ANF 1841 S 41 ff. 349 ff.; speciell über die Anwendung auf den Indicienbeweis S 43 ff. S. auch J. St. Mill, Inductive Logik I Kap. 18 (Schiels Uebersetzung) S 292 ff. — Ganz besonders werthvoll aber ist für uns die Lehre, welche J. St. Mill über die „Verbindung von Wahrscheinlichkeiten“ (a. a. O. I Kap. 23 § 6 S 368 ff.) aufstellt, nachdem er (I K. 18 S 358 ff.) die Abhängigkeit der sogenannten wahrscheinlichen Folgerungen von annähernden Generalisationen dargethan.

klärungsgrund findet[65]. Es bleibt daher in solchem Fall ein Zweifel nicht mehr übrig, sondern nur das Bewusstsein jener abstracten

[65] Wills p 280 sq. bespricht im Anschluss an Starkie den Fall, wo jemand ein Geldbeutel entwendet wird, und wo genau dieselbe Combination von Münzen bei dem Beschuldigten gefunden wird. Dabei wird allerdings die so häufige Verwechselung der Frage nach der Identität der Münzen mit der nach der Thäterschaft dessen, bei dem sie gefunden werden, begangen. Wäre die Zahl der übereinstimmenden Münzen noch so gross, so folgt daraus vorerst doch nur, dass ungeachtet des Mangels eines positiven Zeugnisses der Identität letztere als sichergestellt angenommen wird. Der Grund für diese Annahme, und mit dieser allein haben wir es hier zu thun, liegt darin, dass zwar die Nicht-Identität an sich möglich ist, dass aber je grösser die Zahl und Mannichfaltigkeit der übereinstimmenden Münzen, desto geringer auch die Wahrscheinlichkeit einer anderen Ursache der Uebereinstimmung ist, als welche in der Identität liegt; diese Wahrscheinlichkeit kann sich dann noch vermindern, wenn etwa einzelne der Münzen an sich schon seltene, wenn auch nicht einzige sind, und es also an sich schon schwer anzunehmen ist, dass auch nur eine derselben, und nun gar gleichzeitig mehrere und gerade diese, durch den Zufall des Verkehrs derselben Person in die Hand gespielt wurden. Es ist dasselbe Denkgesetz, das früher (S 134) bei Erwähnung der von mehreren genossenen Speise und der Wahrscheinlichkeit ihrer Vergiftung angerufen wurde, was sich auch hier geltend macht. (Ein ähnlicher Gedankengang, wenn auch bezüglich eines erdichteten Falles, bei Poe, Seltsame Geschichten. Ausgabe Spemann S 155. 156.) — Wie eine Wahrscheinlichkeit die andere derart unterstützen kann, dass sie sich zur Gewissheit steigern, dies zeigen namentlich Untersuchungen wegen wiederholter Vergiftung. Es sind wiederholt Mitglieder einer Familie unter bedenklichen Umständen gestorben; der Verdacht war aber nicht gross genug, um auch nur eine nähere Untersuchung zu veranlassen. Nun tritt ein neuer Todesfall unter ähnlichen Umständen in derselben Familie ein; die Unwahrscheinlichkeit der Wiederholung ähnlicher Zufälle in demselben Kreise ist es, was hier dann zu genauerer Untersuchung drängt. Zeigt sich dann bei jedem der Todesfälle die Wahrscheinlichkeit einer Vergiftung, so wird man wegen dieses Zusammentreffens geneigt sein, diese in allen Fällen für wahr anzunehmen, weil in der Annahme der Urheberschaft derselben Person eine Erklärung liegt, während man ohne diese an eine an Wunder grenzende Verkettung von Umständen glauben müsste. — Ein ähnlicher Gedankengang führte im Prozess Tourville zur Wiederaufnahme des schon eingestellten Strafverfahrens und trug gewiss wesentlich zur Verurtheilung bei. Der Verdacht, dass Tourville seine Frau unter Umständen ermordet habe, welche nach seiner Berechnung den Anschein erregen sollten, dass sie sich selbst getödtet habe, gewann erhöhte Kraft, als sich zeigte, dass schon einmal unter ähnlichen Umständen eine Angehörige seiner Familie, von deren Tod er Nutzen zu erwarten hatte, diesen Tod gefunden hatte, während sie mit ihm allein war. Auch hier macht sich das unglaubliche eines Zufalles geltend, welcher denselben Menschen zweimal das gleiche, an sich unwahrscheinliche, hätte erleben lassen. Vgl. Schaper in GA 1866 S 259, welcher in einer „anderweit unerklärlichen Wiederholung solcher Verbrechen, zu welchen sich erfahrungsmässig selten jemand entschliesst", Veranlassung erblickt, „die Stärke des Beweises von einem Falle auf andere, minder schlüssige Beweisfälle zu übertragen — sicherlich nicht ohne die grösste Vorsicht" (Beispiele das. Anm 13). —

Möglichkeit anderen Sachverhaltes, wie es überall zurückbleibt, wo nicht apodiktische Gewissheit zu erlangen ist. Und auf der Abneigung des menschlichen Geistes sich durch eine blosse Möglichkeit, ohne die geringste Verbürgung ihrer Verwirklichung, zum Handeln bestimmen zu lassen, an wunderbare Zufälle zu glauben, wo andere Erklärungen näher liegen, die nichts als jene abstracte Möglichkeit gegen sich haben, — beruht die prozessuale Gewissheit.

Damit kann man sich begnügen, wenn natürliche Beweismittel von unvollständiger Wirksamkeit zusammentreffen. Allein dies ist für indirecte, künstliche Beweisgründe nicht ausreichend, weil jene mit aller Bestimmtheit erkennen lassen, was sie bestätigen, diese aber zu Beweisgründen erst durch den Beurtheiler gestempelt werden. Hier kann aber und muss also auch noch eine letzte entscheidende Probe hinzukommen. Diese besteht in der Analyse des auf synthetischem Wege gewonnenen Resultates. Die Thatsache, welche durch einzelne Wahrscheinlichkeitsgründe glaubhaft gemacht ist, muss nun hypothetisch angenommen und in den Gesammtcomplex der bekannten Umstände des Vorfalles eingefügt gedacht werden, und dabei muss sich nicht nur zeigen, dass sie mit diesem in vollem Einklange steht, vielmehr dass sie den Einklang der bekannten Thatsachen unter einander erst herstellt und dass bei Annahme ihrer Wahrheit letztere ihre volle und ausreichende Erklärung finden, während ohne diese Annahme eine solche Erklärung, für welche auch nur einzelne Wahrscheinlichkeitsgründe sprechen, nicht zu finden wäre. In diesem Hineinpassen der vorläufig nur hypothetisch [66] angenommenen Thatsache, und dieser allein, in das Gewebe der mit dem Vorfall zusammenhängenden bekannten Thatsachen liegt dasjenige, was hinüberführt von der Wahrscheinlichkeit zur Gewissheit, liegt die überzeugende Kraft eines wirklich gelungenen Indicienbeweises. Es verhält sich dann damit, wie es sich mit dem physischen Zusammenpassen getrennter Theile eines Ganzen oder der Abdrücke eines materiellen Gegenstandes mit diesem selbst verhält. Ist dieses ein vollkommenes und sind die Merkmale des Zusammen-

Best § 297 erwähnt namentlich des Falles, wo jemand mehrere falsche Banknoten ausgegeben hat: handelt es sich nur um eine, so kann jeder auf unschuldige Weise zu einer solchen gelangen; beim Besitz mehrerer kann dieser Gedanke kaum mehr gefasst werden.

[66] Annähernd findet hier Anwendung, was bei der Verwendung von Hypothesen für die Beweisführung überhaupt und insbesondere auf dem Gebiet der Naturwissenschaften gilt. Vgl. z. B. Zimmermann, Philosophische Propädeutik § 118, 2. Aufl. S 127 ff. Ueberweg, System der Logik, 5. Aufl. von J. B. Meyer. Bonn 1882. § 134.

passens genaue und streng individualisirte, so erwächst daraus eine Ueberzeugungskraft, wie sie kaum durch irgend etwas anderes erreicht werden kann, z. B. wenn in einem Buch ein bedrucktes Blatt ein Loch zeigt und sich ein Stück Papier findet, das materiell das Blatt und vermöge des darauf gedruckten den Inhalt des zerrissenen Satzes genau ausfüllt, — wenn die Spur einer Bisswunde deutlich mit dem eine Zahnlücke zeigenden Gebiss des Angeklagten übereinstimmt, — wenn der Abdruck eines Fusses in weicher Erde genau dieselbe Stellung der Schuhnägel, dieselbe Lücke in ihrer Anordnung zeigt, wie der Schuh des Beschuldigten, — wenn der Abdruck eines Knies im weichen Boden genau dem Stoff eines bestimmten Beinkleides und der Gestalt eines an der dem Knie zukommenden Stelle unpassend eingesetzten Fleckes entspricht [67], — wenn bei der Leiche eines Erschlagenen ein abgesprungener Glasknopf gefunden wird und sich zeigt, dass der Angeklagte an seinem Kleide die gleiche Art von Knöpfen trägt, dass einer derselben abgesprungen ist und die Bruchfläche mit der entsprechenden Fläche des gefundenen Knopfes genau übereinstimmt [68]. So wie hier die materielle Uebereinstimmung bewirkt, dass die abstracte Möglichkeit einer anderen Ursache der Uebereinstimmung keinen Einfluss auf unser Urtheil zu üben vermag, so auch wenn die sorgfältig angestellte Prüfung eines Indicienbeweises eine gleiche Uebereinstimmung zwischen dem Beweissatz und der Gesammtheit der wahrnehmbaren oder bekannten Umstände des Falles ergiebt.

Hierauf beruht die überzeugende Kraft, die Beweiskraft des Indicienbeweises: auf dem „Zusammentreffen", auf der positiven Uebereinstimmung des hypothetisch angenommenen mit den sämmtlichen Erscheinungen des Falles und auf der Ausschliessung der Möglichkeit, bei Substituirung einer anderen Thatsache an der Stelle der hypothetisch angenommenen eine gleiche Uebereinstimmung zu erzielen [69]. Von dem

---

[67] Siehe diese Fälle bei Wills p 123 u. 124.

[68] Auch dies ist ein aus englischen Sitzungsberichten bekannter Fall.

[69] Der Gedanke, dass es sich beim vollständigen Indicienbeweise um eine Hypothese handelt, welche ihre Bekräftigung in der Uebereinstimmung der vollständig erhobenen Umstände des Falles zu finden hat, hat jederzeit auch in der Literatur und Gesetzgebung Ausdruck gefunden, wenn er auch nicht genügend in den Vordergrund gestellt wurde. So hat z. B. das ältere österr. Recht schon zur Benennung des Indicienbeweises den Ausdruck „Beweis aus dem Zusammentreffen der Umstände" gebraucht. Erst die StPO v. 1853 ersetzte ihn durch die Worte: „Zusammentreffen von Verdachtsgründen" — vielleicht unter dem Einfluss der oft gegen den englischen Ausdruck circumstantial evidence vorgebrachten Kritiken; letzterer Ausdruck ist aber nicht mangelhaft, weil er die „Umstände" hervorhebt, sondern weil er das entscheidende, ihr Zusammenstimmen, nicht enthält.

Gesammtverhältniss geht also die Ueberzeugung aus und nicht, wie bei der Häufung natürlicher Beweismittel, von den einzelnen Beweis-

---

Ebenso hatte das österr. Ges v. J. 1803 die Beziehung zwischen dem Inbegriff der Indicien und dem Beweissatz als eine solche bezeichnet, dass es „unmöglich sei, das Gegentheil zu begreifen", und das bayerische Ges v. 1813, welches nicht mehr die einzelnen Anzeigungen, sondern ihren Complex unter den Gesichtspunkt des entfernten und nahen Verdachts bringt, stellt für letzteren schon die Anforderung auf, dass „eine andere vernünftige Erklärungsart desselben . . . unter den vorliegenden Umständen unwahrscheinlich ist" (A. 327). So sagt schon Püttmann, Opusc. p 224, allerdings im Sinne der Warnung vor dem Indicienbeweise: Indicia . . sunt circumstantiae cum crimine ejusque auctore nondum probato verisimiliter connexae, in quibus aestimandis maxime opus est regulis, quas dialectici dare solent, aestimandae probabilitatis. Quemadmodum scilicet haec illis est convenientia sensionum et hypotheseos, ita in causis criminalibus pariter, accusatum facinus de quo quaeritur admisisse, . . . sensionesque cum hac hypothesi congruentes vocantur indicia. In gleicher, die negative Seite der Hypothese betonender Weise spricht auch Bauer, Anzeigenbeweis S 158 von der hypothetischen Annahme als einem Vorgang bei Aufsuchung der Indicien und S 187 von der geringen Beachtung, welche „die Aufstellung blosser Gegenhypothesen" verdiene, während er doch andrerseits sagen muss: „Die schwächste Anzeige kann durch Vergleichung mit einer anderen ein grosses Gewicht erhalten" (a. a. O. S 163). — Viel deutlicher tritt die Beziehung des Indicienbeweises zur hypothetischen Beweisführung bei den englischen Schriftstellern über Beweisrecht hervor. So bezeichnet Greenleaf I § 11 als die den Indicienbeweis tragende Grundlage der Ueberzeugung „die bekannte und durch Erfahrung bestätigte Beziehung zwischen der streitigen Thatsache und hinlänglich bewiesenen collateralen Thatsachen oder Umständen. Dies ist lediglich die juristische Anwendung eines in den Naturwissenschaften wohlbekannten Vorganges, dass die Wahrheit einer Hypothese durch ihre Uebereinstimmung mit den bestehenden Erscheinungen bewiesen wird. The connections and coincidences, to which we refer, may be either physical or moral . . . Their force depends on their sufficiency to exclude every other hypothesis but the one under consideration". (Vgl. das. § 13 a. Wörtlich übereinstimmend Taylor § 54.) In Bezug auf das Bartolus entnommene und (s. Best § 317) seit Sir Edward Coke regelmässig in der englischen Literatur angeführte Musterbeispiel eines gelungenen Indicienbeweises (jemand wird mit einem blutigen Schwert aus dem Hause gehend gesehen, in welchem nur der hierauf erschlagen gefundene anwesend war) sagt Starkie, welcher dabei zu weit geht, dass diese Umstände jede andere Hypothese nothwendig und gänzlich ausschliessen. Ebenso kehrt Wills immer wieder zu diesem Gesichtspunkt zurück. So sagt er gleich bei der Charakterisirung des Wesens des Indicienbeweises ch. 2 sect. 1 p 18: „The force and effect of circumstantial evidence depends upon its incompatibility with, and incapability of explanation or solution upon any other supposition than that of the truth of the fact, which it is adduced to prove; the mode of argument resembling the method of demonstration by the reductio ad absurdum". Im Einklang hiemit stellt er als eine der Grundregeln für den Schuldbeweis auf, dass die anschuldigenden Thatsachen mit der Unschuld des Angeklagten unvereinbar sein müssen and incapable of explanation upon any other reasonable hypothesis, than that of his guilt (ch. 6 p 10). In weiterer Ent-

gründen; letztere können vielmehr hier als solche nur erkannt werden, wenn sie die eben bezeichnete Probe bestehen. Eben darum ist es auch ein bedenkliches Bild, wenn man so häufig von einer Kette von Indicien spricht; eine solche ist nur da vorhanden, wo eine Reihe von auseinander gefolgerten Umständen ein Indicium mit dem Beweissatz in Verbindung bringt, in welchem Fall aber die grössere Zahl der Glieder, weit entfernt, eine relative Stärkung zu begründen, eher Gefahr bringt. Soweit man dagegen von einander unabhängige, zu derselben Folgerung hinführende Indicien meint, wobei allerdings auch die grössere Zahl eine Verstärkung der Beweiskraft mit sich bringen kann, sollte man eher von einem sich schliessenden Ring sprechen [70].

Daher kann auch die Begriffsbestimmung des Indicienbeweises nicht aus der der einzelnen Indicien abgeleitet werden, sondern es muss der umgekehrte Weg eingeschlagen werden; auf diesem gelangen wir dazu, sagen zu können: Eine Anzeige oder Anzeigung ist eine Thatsache, welche dazu beiträgt, eine vorläufig angenommene, also noch ungewisse (erst zu beweisende) Thatsache mit den sämmtlichen bekannten Umständen eines Vorfalles in eine solche Verbindung zu bringen, vermöge welcher die Wahrheit jener letzteren Thatsache als die allein denkbare oder allein dem regelmässigen Verlauf der Dinge entsprechende Annahme sich darstellt.

II. Ist so das Wesen des Indicienbeweises erkannt, so ist auch seine Eigenart leichter festzustellen, und es ist möglich, Verwechselungen

---

wickelung dieser Regel sagt er an einer andern Stelle, ch. 8 sect. 1 p 274: „The distinct and specific proving power of circumstantial evidence, as incidentally stated in a former part of this Essay, depends upon its incompatibility with, and incapability of explanation upon any reasonable hypothesis, consistent with the ordinary course of nature other than that of the truth of the principal fact, in proof of which it is adduced: so that, after the exhaustion of every other possible and admissible mode of solution, we must either conclude that the accused has been guilty of the fact imputed, or renounce as illusory and deceptive all the results of consciousness and experience, and all the operations of the human mind".

[70] Wills ch. 8 sect. 2 p 279 meint mit Reid, es wäre treffender, den Indicienbeweis einem Seile zu vergleichen: „Das Seil ist stark genug, der Zerrung zu widerstehen, welche keine der Schnüre, aus denen es gewunden ist, aushalten könnte". Gegen den Gebrauch des Bildes der Kette sagt Richter Pollock (angeführt bei Best § 294 Note d): Man hat den Indicienbeweis mit einer Kette verglichen, in welcher jedes Beweisstück ein Glied bilde; dann müsste aber, wenn ein Glied bricht, die Kette fallen". Dies ist auch bei der Art der Construction einzelner Indicien oft richtig, nicht aber bei der des Gesammtbeweises.

und Einseitigkeiten auszuschliessen, welche zum nicht geringen Theil durch das Nichtausreichen der zur Bezeichnung des Indicienbeweises gebrauchten Ausdrücke verursacht sind. So wird:

1. der Indicienbeweis als indirecter Beweis im Gegensatz zum directen bezeichnet, und insofern gewiss mit Recht, als hier durch historische, natürliche Beweismittel die Thatsachen erst festgestellt werden müssen, von welchen auf die Wahrheit des Beweissatzes zu schliessen ist. Doch darf nicht übersehen werden, dass auch die historischen, natürlichen Beweise nur durch Vermittelung von Schlussfolgerungen zur Erkenntniss der Wahrheit führen; nur sind bei letzteren die Obersätze regelmässig und in allen Fällen wiederkehrende, so dass sich in der Regel die stattfindende Schlussfolgerung vollzieht, ohne dass wir uns dessen bewusst werden. Es wird uns die physische Wahrnehmung, das persönliche Erleben der zu bewährenden Thatsache bestätigt, und unser Glaube an die dafür vorgebrachten Zeugnisse beruht auf einem gewissermaassen ein für allemal durchgemachten Denkprozesse [71], während der Indicienbeweis die gleiche Procedur für die historisch bezeugte Thatsache und sodann, um von dieser auf den Beweissatz zu kommen, noch eine zweite, nicht in gleicher Weise ein für allemal vorbereitete Procedur fordert. — Allein auch der natürliche Beweis, der auf dem Glauben an das Zeugniss im weiteren Sinne beruht, kann sich nicht immer blos auf die abstracten Sätze stützen, welche diesen Glauben im allgemeinen rechtfertigen. Zunächst bedarf es einer Prüfung und einer Reihe von Schlussfolgerungen, um festzustellen, ob die allgemeinen Voraussetzungen der Glaubwürdigkeit des Zeugnisses, Geständnisses u. s. w. im gegebenen Falle zutreffen, und es ist dabei in der Regel ganz derselbe Denkprozess durchzumachen, um die Verlässlichkeit des Zeugnisses im weiteren Sinne feststellen zu können, wie er durchzumachen ist, um von einer Thatsache anderer Art auf die durch sie angezeigte

---

[71] Mit Recht sagt daher Bonnier § 807, II 387. 388: „L'induction est toujours au fond le procédé employé, nous l'avons reconnu, dans les preuves proprement dites, aussi bien que dans les présomptions. Mais nous avons remarqué que, le témoignage ayant précisément pour but d'établir les faits litigieux, l'induction qui conduit du témoignage à la vérité de ces faits est si rapide qu'elle passe inaperçue. C'est le témoignage lui-même qu'il faut examiner avec soin, pour s'assurer qu'il n'a rien de suspect; mais, une fois le témoignage admis, l'opération intellectuelle qui conduit du témoignage au fait est en quelque sorte instantanée". Ebenso sagt Wills ch. 2 sect. 1 p 17: „In matters of direct testimony, if credence be given to the relators, the act of hearing and the act of belief, though really not so, seem to be contemporaneous. But the case is very different, when we have to determine upon circumstantial evidence, the judgement in respect of which is

Thatsache schliessen zu können. Wenn z. B. die Verlässlichkeit des Geständnisses davon abhängt, dass der Beschuldigte Thatsachen angiebt, „die kein Unschuldiger wissen kann", so wird die Beweiskraft des Geständnisses durch eine Folgerung hergestellt, die ganz denselben Charakter hat, wie die, nach welcher aus dem Umstande, dass der Angeklagte etwas that, was die Kenntniss jener Umstände voraussetzt, auf seine Schuld geschlossen wird; ja es zeigt sich, dass von den beiden Fällen der erste viel mehr den Charakter mittelbarer Beweisführung trägt, als der zweite. — Die Folgerung mischt sich aber noch auf eine zweite Art ein; sehr häufig ist nicht ein reines Zeugniss vorhanden und dasselbe schliesst schon Folgerungen ein, die der Aussagende selbst gezogen hat, und die, wenn irgend möglich, überprüft werden müssen, so dass sich auch aus diesem Grunde sehr oft die Ueberzeugung von der Wahrheit der Thatsache nicht blos auf den Glauben an das Zeugniss sondern zugleich auf das Urtheil über die Verlässlichkeit einer Schlussfolgerung stützt. Der Zeuge sagt z. B., er habe gesehen, dass A den B niederstach, dass er ihn durch einen Steinwurf verletzte; in Wahrheit kann er nur bezeugen, dass er einen gegen B gerichteten Degenstoss oder Steinwurf und gewisse augenblickliche, als muthmaassliche Wirkungen dieser Thätigkeiten zu betrachtende Erscheinungen sah; die Verbindung zwischen beiden Wahrnehmungen muss durch eine Schlussfolgerung hergestellt werden, welche nicht Sache des Zeugen, sondern des Urtheilers ist[72]. — Aber auch sonst lässt man gar vieles als directes

---

essentially inferential. There is no apparent necessary connection between the facts and the inference; the facts may be true and the inference erroneous, and it is only by comparison with the results of observation in similar or analogous circumstances, that we acquire confidence in the accuracy of our conclusions".

[72] In diesem Sinne sagt Greenleaf I § 13: The factum probandum is either directly attested by those who speak from their own actual and personal knowledge of its existence or it is to be inferred from other facts satisfactorily proved. . . . In the former cases the proof applies immediately to the factum probandum, without any intervening process, and it is therefore called direct or positive testimony. — In gleichem Sinn sagt Wills a. a. O. p 17: „So rapid are our intellectual processes, that it is frequently difficult, and even impossible, to trace the connection between an act of the judgment, and the train of reasoning of which it is the result; and the one appears to succeed the other instantaneously, by a kind of necessity. This fact obtains most commonly in respect of matters which have been frequently the objects of mental association". Siehe auch die scharfsinnige Durchführung des gleichen Gedankens bei Stephen, General view ch. VII p 270. Davon aber abgesehen, beruht die Polemik Stephens gegen die gegensätzliche Anwendung der Ausdrücke direct and circumstantial evidence

Beweismittel gelten, was nur als Grundlage für Schlussfolgerungen verwerthet wird; sehr oft bezeichnet man gewisse Umstände als durch Augenschein oder Befund der Sachverständigen bewiesen, während genauere Betrachtung zeigt, dass dadurch nur die Kenntniss sachlicher Beweismittel gewonnen ward, welche erst das Vorhandensein eines Indicium darthun. Ganz besonders gilt dies von den meisten Fällen des sog. Urkundenbeweises[73]. Umgekehrt kann historische Gewissheit durch mittelbare Zeugnisse ebenso gewonnen werden, wie es denkbar ist, dass eine Anzeigung durch Anzeigungen bewiesen wird[74]. Entscheidend bleibt daher immer nur, ob die Kette der Beweisführung bis zu einem Menschen zurückführt, der die Thatsache aus seiner unmittelbaren Wahrnehmung bestätigt, oder nicht; jede Thatsache, die nicht so bezeugt ist, kann nur durch Indicien bewiesen werden.

2. Nur in diesem Sinne ist auch der Gegensatz von natürlicher und künstlicher Beweisführung zu verstehen, wobei letzterer Ausdruck nicht im ungünstigen Sinn einer Künstelei zu deuten ist (eine solche kann in der Zusammenstellung schwacher natürlicher Beweise oft viel eher liegen), sondern so, dass der künstliche Beweis die bewusste Thätigkeit des Geistes immer und unbedingt fordert, schon damit der Beweisgrund als solcher überhaupt erkannt werde, während die natürlichen Beweise die Ueberzeugung unmittelbar begründen und die geistige Thätigkeit bei deren Entgegennahme nur eine subsidiäre, überprüfende, die Berechtigung des bereits empfangenen Eindrucks untersuchende ist[75]; auch letztere

(l. c. p 265 sq.), wie schon bemerkt wurde, auf der Verwechselung des Beweissatzes und der Gesammtheit der durch die gesetzlichen Thatbestandsmerkmale bezeichneten Aufgabe des Anschuldigungsbeweises. Zunächst bezeichnet er nämlich als natürlichen Sinn von circumstantial evidence „umständliches Zeugniss", im Gegensatz zu einer unbestimmten Behauptung; aber die gewöhnlich mit dem Ausdruck verbundene Meinung soll dahin gehen: that evidence of the principal fact is direct evidence of the crime itself, and that evidence of subordinate facts is circumstantial evidence. Dabei übersieht er aber, dass dieselbe Thatsache im materiell-rechtlichen Sinne entscheidend und doch zugleich als Element der Beweisführung für eine andere Thatsache verwendbar und in dieser Hinsicht eine untergeordnete sein kann. Dies beweisen auch die Beispiele, die er a. a. O. p 267 selbst anführt.

[73] Bonnier l. c. p 388.

[74] Vgl. über das Verhältniss des indirecten Beweises zum directen Mittermaier in GA 1868 S 316—320; Bauer, Anzeigenbeweis S 133 u. 192.

[75] Bonnier l c.: „Le lien qui rattache le fait connu au fait inconnu est purement conjectural. Il importe de vérifier avec soin la justesse, souvent plus solide qu'apparente, du raisonnement qui conduit de l'un à l'autre. Aussi la preuve qui se fonde sur des présomptions a-t-elle été souvent nommée artificielle, non

Thätigkeit ist eine „rationale", und eben darum wäre mit der von Bauer vorgeschlagenen Substituirung dieses Ausdruckes nichts gewonnen.

3. Das Verhältniss des Indicienbeweises zur Vermuthung (praesumtio) ist stets ein ziemlich unklares gewesen, was von der Vieldeutigkeit der Worte Vermuthung und Präsumtion herrührt[76]. Soweit durch das Wort nur der Seelenzustand ausgedrückt werden soll, in welchem sich derjenige befindet, der eine Thatsache für wahrscheinlich hält, kann man es nicht mit dem Indicienbeweis sondern nur mit einzelnen Indicien, und zwar nur mit solchen, die nicht für sich allein schon eine nothwendige Folgerung begründen, zu thun haben (weshalb manche Schriftsteller, indem sie darauf sich stützen, dass historisch „Anzeige" und „Vermuthung" Wechselbegriffe sind, die „nothwendigen Anzeigen" vom Begriff des Indicienbeweises ausschliessen)[77]. Selbst abgesehen von dem ziemlich vereinzelten

---

qu'elle soit purement arbitraire; mais parce qu'elle est toujours plus ou moins l'œuvre de la raison de l'homme".

[76] S. oben S 44 ff. Zu vergleichen ist damit folgende Zusammenstellung, die Nani (l. c. p 10) macht: „Quid indicii, quid conjecturae, quid praesumptionis nomine intelligi oporteat non una eademque est doctorum sententia. Baldus indicium conjecturam esse ait ex probabilibus et non necessariis ortam, conjecturam vocat acceptionem veri ex aliquo sic verisimiliter ordinato; tandem praesumptionem dicit conceptum quendam causatum in mente ab aliqua probabili conjectura. Menochius in definitione indicii Baldum sequitur, non in aliis. Nam ad conjecturam quod spectat, Curtii senioris amplectitur sententiam, qui ab indicio eam non distinguit, praesumptionem vero eam esse docet, quae tum ex argumentis probabilibus, tum ex necessariis ortum habet. Ex Henrici Coccei sententia nomine indiciorum argumenta, suspiciones, conjecturae, praesumptiones et adminicula comprehenduntur, quibus aliquis vel reus vel innocens ostenditur. Fridericus Boehmerus praesumptionem facit bonam et malam, indicium autem solum delicti argumentum indicativum esse autumat.

[77] Art 19 CCC bezeichnet „Vermuthung" als einen der Ausdrücke, welche mit „Anzeigung" gleichbedeutend sind. So lange man nur ausnahmsweise den Indicienbeweis als zur vollen Verurtheilung ausreichend ansah, war dies die herrschende Lehre; s. z. B. die Definition der Indicien bei J. S. F. Böhmer, Elementa jurispr. crim. § 108: Est autem indicium circumstantia, cum crimine ejusque autore nondum probato verisimiliter connexa, eine Definition, welche sich z. B. Renazzi l. III c. XIV § I p 187 aneignet, obgleich er andrerseits Mathaeus folgend ibid. § II p 187. 188 anerkennt: Quodcumque argumentum distingui potest in necessarium, et in contingens; . . . contingens, cujus consequentia probabilis est, exempli gratia caedem fecisse, qui cruentatus est. Noch Feuerbach theilt § 543 die richterlichen Erkenntnissgründe in „Gründe der Vermuthung, Anzeigungen, Indicien" und „Gründe der juridischen Gewissheit — Beweis"; ebenso noch Abegg §§ 132. 135 und Siegen, Abhandlungen S 68, die freilich von einem Indicienbeweis überhaupt nichts wissen wollen, und Heffter § 641 bezeichnet es als „nicht

Versuch, mit dem Ausdruck „Vermuthungen" eine auf einer niedrigeren Stufe der Beweiskraft stehende Classe der Indicien zu bezeichnen[78], liegt in dieser Gegenüberstellung die Verwechslung der Wirkung des einzelnen Indicium mit der des Indicienringes. Dieselbe ist um so unrichtiger, weil sonst selbst die praesumtio zwar auf einer Operation (des Gesetzes oder des Urtheilers) beruht, welche an sich nur die Wahrscheinlichkeit des Zusammenhanges darthut, aber die Wirkung hat, dass der Richter den hierin liegenden Zweifel unbeachtet lässt und dasjenige, wofür die Vermuthung spricht, bis auf weiteres als wahr annimmt. „Bis auf weiteres" bedeutet für den heutigen Strafprozess, wie oben gezeigt wurde, „bis zur Anregung irgend eines Zweifels", bis zur Aufwerfung der Frage; nach der älteren Auffassung bedeutete es aber viel mehr, nämlich bis zum Beweis oder doch bis zur Darthuung der Wahrscheinlichkeit des Gegentheils. Dem gemeinen Recht lag der Gedanke nahe, die gesetzlichen Indicien als praesumtiones juris, die anderen als praesumtiones hominis zu be-

---

richtig, wenn man bei den Anzeigen auch von einem nothwendigen Zusammenhang der gewissen Thatsache mit der anderen spricht; denn alsdann wäre mit der Gewissheit der Thatsache der Schluss schon gewiss, was dem natürlichen und gesetzlichen Begriff einer blossen Anzeige widerstreitet". Und auch Osenbrüggen, Abhandlungen S 160 schliesst sich diesem Sprachgebrauch an. (Ebenso Küssner in GA 1855 S 44.) Allein da sie alle doch die Möglichkeit zugeben müssen, dass „mittels einer Schlussfolgerung aus einer . . . Thatsache eine andere abgeleitet wird", welche daraus „als absolut gewiss hervortreten" kann (Osenbrüggen), so bliebe dann die Frage zu beantworten, zu welcher Art des Beweises diese Beweisführung zu rechnen ist, wenn sie nicht als Indicienbeweis gelten soll? Vgl. dagegen namentlich Bauer, Anzeigenbeweis S 133—135 und 191. In gleichem Sinne theilen die englischen Schriftsteller den circumstantiellen Beweis in conclusiven und präsumtiven, je nachdem die Folgerung auf das factum probandum vom factum probans als nothwendige oder nur wahrscheinliche auftritt, „gleichviel welches der Grad der dadurch hervorgerufenen Ueberzeugung ist" (Best § 293). Und während Greenleaf I § 12 sich darauf beschränkt, zu sagen, es sei nicht ganz genau, circumstantiellen und präsumtiven Beweis als gleichbedeutend zu nehmen, sagt Wills p 18: „The term »presumptive« is frequently used as synonymous with circumstantial evidence; but it is not so used whit strict accuracy. The word »presumption« ex vi termini, imports an inference from facts; and the adjunct »presumptive« as applied to evidentiary facts, implies the certainty of some relation between the facts and the inference. Circumstances generally, but not necessarily, lead to particular inferences; for the facts may be indisputable, and yet their relation to the principal fact may be only apparent and not real; and even when the connection is real, the deduction may be erroneous. Circumstantial and presumptive evidence differ therefore as genus and species".

[78] Henke IV 571 nennt so dasjenige, was andere als unbestimmte, allgemeine, unterstützende, adminiculirende Indicien bezeichnen, z. B. Bauer, Lehrbuch § 162 VIII; Mittermaier, Beweis S 415.

handeln [79]; allein wäre dies richtig gewesen, so hätte schon die einzelne gesetzliche Anzeigung und (da die CCC ausdrücklich erklärt, nur Beispiele geben zu wollen) auch jede nicht gesetzliche von gleicher Art für sich allein den vorläufigen Beweis der Schuld hergestellt, dessen Entkräftung Sache des Beschuldigten gewesen wäre. Kommt auch diese Gefahr heute nicht mehr in Betracht, so ist es doch von grösster Wichtigkeit, den Zusammenhang zwischen Vermuthung und Indicienbeweis völlig zu lösen. Denn die Vermuthung in dem herkömmlichen Sinn stellt an den Richter die entgegengesetzte Anforderung, als welche der Indicienbeweis an ihn stellt. Bei jener sind Obersatz und Folgerung völlig gegeben; der Obersatz ist eine Generalisirung, welche zwar nur Wahrscheinlichkeit, diese aber jedesmal begründet, so oft eine Thatsache unter ihn fällt; — bei der Anzeigung ist, wie bereits gezeigt wurde, der fertige Obersatz eine Illusion: soll er verlässlich sein, muss er erst angesichts des concreten Falles präcisirt werden; — die Vermuthung bringt eine fertige Wahrscheinlichkeit mit und will dem Richter die Mühe der Untersuchung des individuellen Vorfalles, wenigstens einstweilen, ersparen, wenn nicht gar das Recht hiezu entziehn; das Indicium wurzelt dagegen nur in der Beziehung zweier Thatsachen und bedarf der individuellen Feststellung; jeder Versuch, gewisse Vorgänge ein für allemal zu Indicien, und wäre es nur einer bestimmten Classe von Delicten, zu stempeln, verstösst gegen die Natur des richtig erkannten Indicienbeweises; und weil die Zeit noch nicht fern ist, wo dies vielfach geschah, ist es nothwendig, vor der Nachwirkung dieser Versuche noch heute nachdrücklich zu warnen [80].

---

[79] Stübel, Criminalverfahren § 953.

[80] Macht man z. B. aus dem typischen Indicium der Blutflecken eine Vermuthung, so würde sie etwa so formulirt werden: „Wenn jemand mit Blut befleckt ist, ist zu vermuthen, dass er einen Todtschlag begangen“ oder: „Wenn jemand getödtet wird, ist zu vermuthen, dass sich an dem Mörder Blutspuren zeigen“. Fügt man die nöthigen Einschränkungen hinzu, so verliert der Satz mehr und mehr jene Allgemeingiltigkeit, welche den Vermuthungen den Schein von Rechtsregeln giebt. Dennoch hat die Aufstellung von Indicien in den Gesetzen und der nahe Zusammenhang solcher Regeln mit Vermuthungen vielfach die Wirkung gehabt, dass die Praxis sich an bedenkliche Abbreviaturen gewöhnte und mit den Indicien wie mit allgemeingiltigen Vermuthungen operirte. Eines der wirksamsten und scheinbar mit Beruhigung allgemein anzuerkennenden Indicien ist gewiss die Anwesenheit am Thatort; es genügt aber wohl, dagegen einen Fall anzuführen, der mir wirklich vorgekommen ist, wo dieser Verdachtsgrund gegen jemand in Anschlag gebracht wurde, der in einem Ballsaale während eines Balles gestohlen haben sollte. — „Flucht“ wird zwar von vorsichtigen Gesetzen und Schriftstellern schon an und für sich zurückhaltend behandelt; aber ich habe z. B. einen Fall erlebt, in welchem die des Diebstahls beschuldigte unmittelbar nach dem Zeitpunkte,

So bringt die Heranziehung der Vermuthung der richtigen Beurtheilung des Indicienbeweises doppelte Gefahr: man unterschätzt

---

in welchem sie die That begangen haben sollte, aus anderen Gründen gewaltsam aus dem Hause gejagt worden war und nach drei Tagen selbst sich bei der Polizei meldete; nichtsdestoweniger war wenigstens der gerichtliche Anklagebeschluss auf den Verdachtsgrund der „Flucht“ gegründet. (Nur der Curiosität halber sei erwähnt, dass auch in dem oben S 133 erzählten Falle der Entwendung aus einer Gesellenherberge die gesetzlich erforderliche Zahl von Indicien dadurch hergestellt wurde, dass man „Flucht“ annahm.) In dem eben erwähnten Falle ward, und zwar im Endurtheil, von dem gesetzlich vorgesehenen Indicium des Besitzes ähnlicher Sachen, wie sie dem Beschädigten abhanden gekommen, Gebrauch gemacht, weil bei der Angeklagten, welche nachweisbar in der Woche 5 Gulden verdiente, 1 Gulden 40 Kreuzer in zwei (ganz gewöhnlichen) Münzsorten gefunden worden waren, und die gleichen Münzsorten auch unter den gestohlenen 80 Gulden sich befanden. — Besitz der gestohlenen Sachen ist ebenfalls ein scheinbar sehr allgemeiner Formulirung fähiger Verdachtsgrund: Furtum praesumitur commissum ab illo, penes quem res furata inventa fuerit, sagt Mascardus, und noch heute zeigt sich im englischen Recht die Tendenz, auf dies Verhältniss eine Art von Vermuthung zu gründen. Allein die Praxis war genöthigt, immer mehr Beschränkungen aufzustellen, durch deren Generalisirung der Satz wieder seine Brauchbarkeit für Fälle verliert, welche individuell noch verwerthbar wären; will man dies vermeiden, so verfällt man eben auf blosse Anleitungen zu Beurtheilung des einzelnen Falles. So sagt Archbold l. c. p 208: Ist das Gut nicht bald nach dem Verlust gefunden worden, z. B. erst 16 Monate später, so wäre dies nur eine voreilige und leichte Vermuthung (a rash or light presumption) und hätte gar kein Gewicht; „überhaupt verändert die Vermuthung ihre Gestaltung je nach der Beschaffenheit gestohlener Sachen und je nachdem dieselben wahrscheinlich leicht von Hand zu Hand gehen“. Taylor § 54 versucht folgende Formulirung: „Der Besitz kürzlich gestohlener Sachen, verbunden mit persönlicher Nähe in Bezug auf Zeit und Ort und Unfähigkeit des Beschuldigten, den Erwerb nachzuweisen, scheint naturgemäss, wenn auch nicht nothwendig (Josephs Becher in Benjamins Sack!) jede andere Hypothese als die seiner Schuld auszuschliessen; aber der Besitz derselben Sachen an anderem Ort in anderer Zeit würde für die Hypothese redlichen Erwerbes im ordentlichen Verkehr Raum lassen“. Für das englische Recht hat übrigens die keineswegs vollzogene Sonderung zwischen Indicienbeweis und Präsumtion noch praktische Bedeutung, da einerseits die praesumtio juris nicht blos durch das Gesetz, sondern auch durch Gerichtsgebrauch geschaffen werden kann und andrerseits die Handhabung der in ihr liegenden Rechtsregel Sache des Gerichtes, nicht der Jury ist. Taylor § 97 stellt daher in einer überwiegend dem Civilrecht geltenden Ausführung drei Unterschiede zwischen praesumtiones juris (disputable presumptions of law) und einfachen Präsumtionen (presumptions of fact) auf: 1. Der Richter ist verpflichtet, der Jury die aus den bewiesenen Thatsachen erwachsenden praesumtiones juris zu erklären; 2. die Jury hat denselben volles Gewicht einzuräumen; 3. der Gerichtshof kann selbst die rechtlichen Folgerungen aus den Thatsachen ziehen, wenn diese in den Prozesserklärungen der Parteien entwickelt sind. Allein sowohl Taylor als Best (§ 323) müssen anerkennen, dass in der Praxis die beim Jurysystem so wichtige Scheidelinie fast ganz verwischt ist. Dabei bezeichnet Best als die gleichartige Wirkung der praesuntio juris und starker praesumtiones facti, dass etwas bis zu

den Indicienbeweis in seiner Totalität, indem man die als Ergebniss der meisten einzelnen Anzeigungen sich darstellende Wahrscheinlichkeit mit dem Ergebniss der Beweisführung durch Indicien verwechselt; man überschätzt das einzelne Indicium, wenn man es als Vermuthung in dem erörterten Sinn behandelt[81].

II. Die Frage nach dem Werth des Indicienbeweises[82] ist bekanntlich eine der bestrittensten des Strafprozesses. Allein jetzt, wo es sich nicht mehr darum handelt, die rechtliche Zulässigkeit der vollen Verurtheilung auf Grund von Indicien darzuthun, höchstens noch einzelne Ausläufer und Nachwirkungen des einstigen Misstrauens gegen diese Beweisart zu berücksichtigen sind, hat die Erörterung dieser Frage nur den Zweck, die Aufmerksamkeit auf die Vortheile und die Gefahren, die dieser Beweisart eigenthümlich sind, zu lenken, um die Ausnutzung der ersteren, die Bekämpfung der letzteren zu fördern. Ob der directe Beweis dem indirecten an sich vorzuziehen sei, ist eine höchst unfruchtbare Untersuchung; denn die Fälle, wo man willkürlich der einen Beweisart den Vorzug vor der anderen einräumen könnte, sind äusserst selten; wohl aber ist es von grösster Wichtigkeit, aus der Eigenthümlichkeit jeder von beiden Regeln für ihre richtige Handhabung und für die vorurtheilslose Würdigung ihrer Ergebnisse abzuleiten.

Unbedingt ausser Zweifel steht, dass beide Beweisarten nicht so unabhängig von einander und daher auch nicht so streng zu sondern sind, als man bei Vergleichung derselben gewöhnlich voraussetzt. Der Augenschein ist sehr häufig nur die Feststellung von Indicien, der Sachverständigenbeweis ein mittelbar erhobener Indicienbeweis; die Verlässlichkeit von Aussagen, sie seien nun Zeugnisse oder Geständnisse oder eine Mischung von beiden, kann in der Regel nur durch Indicien erprobt werden. Umgekehrt steht es ausser Zweifel, dass

---

ihrer Widerlegung als wahr angenommen wird; und dass dabei zwischen Indicien und praesumtiones facti nicht genügend unterschieden wird, beweist folgende Aeusserung (§ 326): „Der Jury muss gesagt werden, dass sie verpflichtet sei, die Präsumtion sich anzueignen (to make the presumption), so lange nicht Beweis fürs Gegentheil vorgebracht wird, und die Sache darf nicht lediglich in ihr Ermessen gestellt werden, wenn die Präsumtion ein grosses natürliches Gewicht hat und häufig vorkommt, wie z. B. wenn aus dem frischen Besitz gestohlener Sachen Diebstahl gefolgert wird. Im Falle minder stringenter Präsumtionen wäre jedoch eine ähnliche Belehrung der Geschworenen ungehörig".

[81] Vgl. Bauer, Anzeigenbeweis S 130. 134. 135. 191.

[82] Bonnier § 809. Mittermaier, Beweis S 435 ff. Bentham Buch 5 Kap. 17 S 219 ff. Best §§ 294. 295. Wills ch. 2 sect. 3 p 28 ss. Nani cap. ult. p 84 sq. Bauer, Anzeigenbeweis S 190 ff.

der Indicienbeweis durch directe Beweise vermittelt werden muss und dass die Gefahren, denen die Erkenntniss der Wahrheit bei letzteren ausgesetzt ist, beim Indicienbeweise nicht vermieden werden können, während noch diejenigen hinzukommen, die ihm selbst eigenthümlich sind. Eben darum ist im grossen genommen der directe, natürliche Beweis der werthvollere, auf den nicht verzichtet werden darf, wenn er zur Verfügung steht; allein es wäre Unrecht, daraus zu folgern, dass unter allen Umständen das Ergebniss des indirecten Beweises minder verlässlich sei.

Die Gefahren einer jeden Art der Beweisführung beruhen auf der Trüglichkeit des Beweismittels und auf dem Verhalten des Beurtheilers.

1. In ersterer Hinsicht bieten Zeugnisse, welche wohl als die Hauptrepräsentanten der directen Beweise gelten können, die doppelte Gefahr der absichtlichen und der unabsichtlichen Täuschung.

a. Absichtliche Täuschung, falsches Zeugniss wird in der Regel nicht vermuthet; der natürliche Zug des Menschen, namentlich aber des vielbeschäftigten Praktikers geht dahin, Mittheilungen als wahr hinzunehmen, bis ein specieller Grund zum Misstrauen hervortritt; ist dieses Misstrauen einmal erwacht, dann ist die Aufgabe der Prüfung eine verhältnissmässig leichte; das Feld der zu übersehenden Möglichkeiten ist begrenzt, die Mittel der Prüfung sind in gleichen Fällen regelmässig anzuwendende; aber eben darum ist auch umgekehrt die Vorbereitung und die Verhütung der Entdeckung verhältnissmässig leicht. — In Bezug auf die Indicien hat man dagegen den Satz oft ausgesprochen, dass Thatsachen nicht lügen können, dass „Thatsachen beweisen“. Mit Recht ist darauf geantwortet worden, dass sie in untrüglicher Weise nur ihre eigene Existenz beweisen, im übrigen aber auch selbst noch bewiesen werden müssen. Sieht man von letzterem ab und spricht vorläufig nur von Umständen, die der Urtheiler unmittelbar wahrnimmt oder die in einer jeden Zweifel und jedes Missverständniss bezüglich ihrer selbst ausschliessenden Weise festgestellt sind, so ist doch gewiss, dass Thatumstände dieser Art, ebenso wie Zeugnisse, gefälscht werden können. Es kann sehr oft leichter und es wird fast immer minder gefährlich sein, scheinbar beweisende Umstände künstlich herzustellen, als ein falsches Zeugniss abzulegen; man denke nur an Josephs blutiges Gewand, seinen Mantel in der Hand der Potiphar, an den Becher in Benjamins Sack, an die blutbeschmierten Kämmerer in Macbeth u. s. w. und vergleiche damit das classische Beispiel der Aufdeckung eines falschen Zeugnisses im Fall der Susanna. Allein auf der anderen Seite ist das falsche Zeugniss immer möglich; Irreführung durch künst-

lich geschaffene Umstände kann dagegen nur unter geschickter Benutzung sich darbietender Gelegenheit unternommen werden. Soweit es sich aber um die Irreführung durch falsche Bezeugung scheinbar beweisender Umstände handelt, muss jedenfalls eine Mehrzahl solcher Umstände angegeben werden, und wenn nicht Verdacht rege werden soll, durch eine Mehrzahl von Zeugen; je zahlreicher aber die falschen Zeugen sind und je mannichfaltiger die Umstände, die erlogen werden sollen, desto grösser ist die Möglichkeit der Aufdeckung der Täuschung. Man kann also wohl sagen, dass es immer leichter zu unternehmen und durchzuführen sein wird, absichtliche Irreführung durch directe Aussage eines falschen Zeugen oder einzelner, die sich verabreden, zu bewerkstelligen, als durch Erfindung von Indicien.

b. Unabsichtlich kann der Zeuge sowohl dadurch täuschen, dass er selbst im Irrthum ist, als dadurch, dass er nicht deutlich genug aussagt; allein die gleiche Gefahr kann auch bei den Zeugenaussagen eintreten, durch welche Indicien festgestellt werden, und diese Gefahr ist aus einem doppelten Grunde grösser. Einmal ist der unmittelbare Gegenstand der Strafprozesse gewiss in höherem Grade geeignet, Aufmerksamkeit zu erregen und sich den Anwesenden tief einzuprägen, als an sich vielleicht ganz unwesentliche, für den indirecten Beweis aber entscheidende Nebenumstände. Ausserdem aber nöthigt die indirecte Beweisführung zur Vermehrung der unmittelbaren Beweisobjecte und eben damit zur Vermehrung der Gefahr der Täuschung. Ist der indirecte Beweis schwerer vorsätzlich zu fälschen, so ist bei ihm für das Einschleichen unwillkürlicher Irrthümer und Täuschungen viel mehr Gelegenheit gegeben. — Im Vortheil ist der Indicienbeweis in dieser Hinsicht jedoch dadurch, dass unmittelbare Wahrnehmung der mittelbar erheblichen Thatsachen durch den Richter öfter bewerkstelligt werden kann, als die der zu beweisenden Thatsachen selbst. So ist der indirecte Beweis der Identität von Personen und Sachen, die dadurch bewerkstelligte Feststellung von Zeitpunkten, Oertlichkeiten u. s. w. viel werthvoller, als die leicht trügende Aussage von Zeugen über solche Punkte [83].

[83] Die Spuren eines Bisses, welche deutlich eine beim Angeklagten vorhandene Zahnlücke erkennen lassen, — ein Stück eines Kleides in der Hand des Erschlagenen, das genau zu dem Kleid des Angeklagten passt u. dgl. sind gewiss überzeugender, als Identitätsbestätigungen, die auf Täuschung beruhen können. Freilich hat man sich auch solchen stummen Zeugen gegenüber vor blindem Glauben zu hüten, wie z. B. Wills p 32 darauf aufmerksam macht, dass das für untrüglich gehaltene Merkmal einer Fälschung, die im Papier selbst enthaltene Zahl des Erzeugungsjahres, täuschen, dass etwa die Uebung bestehen kann, die Bezeichnung für ein Jahr zu anticipiren.



2. Vom Standpunkte dessen, der den Beweis entgegenzunehmen und zu würdigen hat, betrachtet, stellt sich das Verhältniss so:

a. Der directe Beweis umfasst eine geringere Anzahl von Gegenständen; er gestattet also grössere Concentrirung der Aufmerksamkeit, und da auch, wie schon bemerkt, hier viel häufiger dieselben Mittel der Erprobung anzuwenden sind, ist es auch leichter, eine grössere Uebung in ihrer Handhabung zu erlangen. Insofern ist seine richtige Würdigung an sich leichter, und zudem ist das Ergebniss der Beweisführung unter der Voraussetzung, dass die Beweismittel als verlässlich erkannt worden, ein fertiges, das sich dann von selbst darbietet. — Die Gefahr besteht aber eben darin, dass man dem Zeugniss sich leichter gedankenlos hingiebt, dass man ferner leicht übersieht, dass in einer Aussage wahres und falsches gemischt sein kann, — sowie auch, dass das Zeugniss manchmal nur ein Scheinzeugniss enthält, in Wahrheit aber ein subjectives Urtheil des Zeugen zum Ausdruck bringt, — endlich, dass man den Zeugen missverstehen kann. — Der indirecte Beweis erschwert die Aufgabe des Urtheilers, indem er die Gegenstände, denen er seine Aufmerksamkeit zuwenden muss, sehr vermehrt; er verlangt von ihm eine Geistesoperation, die zu der Aufgabe der auch hier stattfindenden Entgegennahme der unmittelbaren Beweise noch hinzutritt, eine Aufgabe, deren erfolgreiche Lösung in grossem Maasse durch die Schärfe des Geistes, die Erfahrung und Vorurtheilslosigkeit des Urtheilers bedingt ist. Mannichfaltig sind dabei die Gefahren, die zu meiden sind; hier können nur die wichtigsten und am häufigsten eintretenden hervorgehoben werden. Einerseits hat sich der Urtheiler zu hüten vor der schablonenhaften Behandlung des Indicienbeweises: vor dem Zählen der Indicien, die von sehr ungleichem Werth sein können, einem Zählen, das von der sorgfältigen Prüfung der einzelnen abhalten kann, — vor der gedankenlosen Anwendung von Kategorien, vermöge deren einige allgemeine Merkmale ausreichen, als Indicium gelten zu lassen, was im vorliegenden Falle den an ein solches zu stellenden Anforderungen nicht entspricht, — vor der ausschliesslichen Beachtung der Einzelheiten und dem Unterlassen einer Prüfung des Zusammenhanges. Andrerseits aber regt die Schwierigkeit der hier zu lösenden Aufgabe alle geistigen Kräfte an; die Phantasie wird in Bewegung gesetzt und hält nicht immer Maass, wird vielmehr von dem Ehrgeiz beflügelt, „welcher eine Befriedigung darin findet", dass der Richter „durch seine geschickte Untersuchungsführung zu einem erheblichen Ergebnisse gelangt sei"[84].

---

[84] Bauer, Anzeigenbeweis S 162.

Der Scharfsinn, dessen es bedarf, um den Zusammenhang scheinbar entlegener Umstände zu erkennen, hat etwas bestechendes, das die ruhige Prüfung beeinträchtigt und (wie Bauer sagt) gleich einem unebenen Spiegel verzerrend wirkt[85].

Man kann also das gegenseitige Verhältniss des directen und indirecten Beweises so zusammenfassen: Jeder von beiden kann die Grundlage einer festen und wohlbegründeten Ueberzeugung werden, und dies um so gewisser, weil die Verlässlichkeit des einen in letzter Linie von der Verlässlichkeit des anderen abhängt. Die Gefahr vorsätzlicher Täuschung ist grösser beim directen, die Gefahr von Missgriffen des Beurtheilers grösser beim indirecten Beweis; der directe regt mitunter das Denken des Beurtheilers zu wenig an; beim indirecten fehlt es an dieser Anregung nicht, die Anspannung der geistigen Kraft des Beurtheilers ist aber einerseits doppelt nothwendig, andrerseits dem Umschlag in Ueberspannung mehr ausgesetzt[86].

---

[85] Best § 295 n. 1; Wills l. c. p 35. Beachtenswerth ist namentlich die von letzterem angeführte Warnung eines Richters (Alderson): „Der menschliche Geist findet leicht Freude daran, die Umstände zusammenpassen zu machen, und thut ihnen nöthigenfalls etwas Gewalt an, um sie dazu zu bringen, Theile eines zusammenhängenden Ganzen zu bilden, und je geistvoller die Persönlichkeit, desto leichter kann es ihr bei Betrachtung solcher Dinge geschehen, sich selbst zu hintergehen, ein fehlendes Glied hinzuzufügen oder eine Thatsache für ausgemacht anzusehen, weil sie mit der vorher aufgestellten Theorie in Einklang und zu ihrer Vollständigkeit nothwendig ist".

[86] Vortrefflich ist die Darlegung des Verhältnisses beider Beweisarten, welche der amerikanische Richter Shaw im Prozess Webster seinem Schlussvortrage an die Geschworenen einverleibte (Wharton l. c. p 281. 282. Glaser, Anklage S 339. 340): „Die Erfahrung hat gelehrt, dass ein Indicienbeweis geführt werden, d. h. dass ein Inbegriff von Thatsachen erwiesen werden könne, von so zwingender Ueberzeugungskraft, dass daraus eine Gewissheit hervorgeht, wie sie vorsichtige Menschen nicht grösser und stärker bei der Entscheidung über die wichtigsten ihrer eigenen Angelegenheiten fordern. Es würde die besten Interessen der Gesellschaft schädigen, wäre solcher Beweis im gerichtlichen Verfahren wirkungslos. Wäre es nöthig, immer positiven Beweis beizubringen, wie viele Handlungen, welche, im Gebiet der Gesellschaft begangen, deren Frieden stören, Ordnung und Sicherheit untergraben, blieben dann ungestraft"! Es wird nun dieser Gedanke weiter verfolgt unter Anführung folgender Stelle aus Easts Pleas of the crown: „Vielleicht ist ein starker Indicienbeweis bei Verbrechen, welche gewöhnlich insgeheim verübt werden, die beruhigendste Grundlage der Annahme der Schuld; denn mancherlei niedrige Motive können die Menschen zum Meineid verleiten und die geheimnissvolle Beschaffenheit des Verbrechens kann dazu verlocken; aber es kann schwerlich sich ereignen, dass viele, die Glieder eines einheitlichen Vorganges bildende Thatsachen, die sich der Einwirkung des Anklägers entziehen, so unglücklich zusammentreffen, dass sie auf die Schuld eines Individuums hinweisen und dass diese Folgerung

§ 3. Das Material des Indicienbeweises.

I. Wenngleich nach vorstehendem die Frage, ob ein bestimmter Umstand in einem gegebenen Falle als Indicium gelten könne, nur für diesen Fall gestellt und beantwortet werden kann und die Jahrhunderte lang fortgesetzten Bemühungen, eine abstracte Indicienlehre in der Weise aufzustellen, dass der Praxis das Indicium gewissermaassen wie ein behauener Baustein zur einfachen Einfügung geliefert wird, vergebliche waren [87], darf doch auf den Versuch, einige

---

doch irrig ist". Nach diesem Citat fuhr Shaw fort: „Jede dieser Beweisarten hat ihre eigenthümlichen Vortheile und Nachtheile. Der Vortheil des positiven Beweises besteht darin, dass man die Aussage eines Zeugen vor sich hat, welcher die Handlung selbst gesehen; hier bleibt nur mehr die Frage, ob man dem Zeugen glauben könne? Der Nachtheil ist, dass der Zeuge falsch und meineidig sein kann, ohne dass man die Mittel besitzt, dies zu entdecken; beim Indicienbeweis dagegen . . . gelangt man zu der zu erweisenden Thatsache durch eine Reihe anderer Thatsachen hindurch, welche zu der ersten in einer gewissen Beziehung (wie z. B. hier zwischen Ursache und Wirkung) stehen und eine verlässliche und überzeugende Schlussfolgerung gestatten. Wenn z. B. nach frischem Schneefall Fussspuren bemerkt werden, so ist es gewiss, dass seit dem Schneefall ein lebendes Wesen über die Stelle gegangen; vermöge der Form und Zahl der Spuren lässt sich mit gleicher Sicherheit feststellen, ob es ein Mensch, ein Vogel oder ein Thier war. Der Indicienbeweis beruht daher auf der Wahrnehmung von Thatsachen und ihres erfahrungsmässigen Zusammenhanges, wodurch zwischen den erwiesenen Thatsachen und den zu erweisenden eine Verbindung hergestellt wird. Die Vortheile bestehen darin, dass, da der Beweis hier gewöhnlich aus verschiedenen Quellen und den Aussagen mehrerer Zeugen abgeleitet wird, eine auf Täuschung berechnete Veranstaltung weniger wahrscheinlich ist und dagegen eine grössere Wahrscheinlichkeit ihrer Entdeckung und Vereitlung vorhanden ist. Die Nachtheile bestehen darin, dass die Jury nicht blos den Beweis jener Thatsachen zu würdigen, sondern auch aus demselben Folgerungen abzuleiten hat, wobei sie durch Vorurtheil, Parteilichkeit, Mangel gehöriger Ueberlegung und eines nüchternen Urtheils zu voreiligen und falschen Schlüssen verleitet werden kann, — eine Quelle des Irrthums, welche in Bezug auf positiven Beweis nicht vorhanden ist. — Es ist aus diesem Grunde leicht einzusehen, dass Folgerungen aus den erwiesenen Thatsachen nur mit grosser Sorgfalt und Achtsamkeit gezogen werden dürfen. Es muss eine billige und natürliche, nicht eine erzwungene und erkünstelte Schlussfolgerung sein . . . . . Das gemeine Recht appellirt an die gemeine Erfahrung und das gesunde Urtheil; die aus der Gesammtheit der Thatsachen abgeleitete Folgerung muss eine verständig-billige (reasonable) und natürliche sein. Es genügt nicht, dass sie wahrscheinlich ist, sie muss sicher sein, so weit moralische Gewissheit überhaupt reicht".

[87] Schon Renazzi klagt l. c. § II p 187: Rhetorum vestigia sectati sunt rerum criminalium scriptores, qui fere omnes ad nauseam usque fontes recensent, classes distinguunt, indiciorum genera singularesque species operose designant". Sehr schön sagt Burke: „All the acts of the party, all things that explain or throw light on these acts, all the acts of others relative to the affair, that come to his

allgemeine Anhaltspunkte für die Beurtheilung der Indicien zu gewinnen, nicht völlig verzichtet werden.

Die Zahl der Versuche, wenigstens die wichtigsten Quellen der Indicien zu bezeichnen, ist unendlich gross. Die älteren Schriftsteller knüpfen, indem sie die Indicien theils auf die Person, theils auf die Sache zurückführen, an das Wort Ciceros an: Omnes res argumentando confirmantur aut ex eo, quod personis, aut ex eo, quod negociis est attributum[88]. Noch Best[89] knüpft daran an, indem er sagt, sie können sich beziehen auf Sachen, Personen, Handlungen und Gedanken vernünftiger Wesen. Wills geht auch auf das einzelne ein, indem er, den Beweis der Thäterschaft von dem des corpus delicti trennend, in ersterer Hinsicht wieder Anzeigen der Schuld und der Unschuld (inculpatory and exculpatory presumptions), in letzterer Hinsicht aber innerliche und äusserliche Anzeigungen (inculpatory moral indications — extrinsic and mechanical inculpatory indications) unterscheidet; zu den innerlichen Schuldanzeigen rechnet er: Motive zum Verbrechen, Handlungen und Erklärungen, welche eine schuldhafte Absicht oder Schuldbewusstsein andeuten, Vorbereitungen und Gelegenheit zur Verübung des Verbrechens, frischen Besitz der Ergebnisse des Verbrechens, verdächtigen Anschein (appearances of suspicion), der gar nicht aufgeklärt wird oder zu dessen Beseitigung falsche Angaben gemacht werden, indirecte Geständnisse (indirect confessional evidence), Unterdrückung, Zerstörung, Fälschung oder Erdichtung von Beweisen, gesetzliche Präsumtionen (statutory presumptions) und — Sachverständigen-Aussagen! Unter den Gesichtspunkt der äusserlichen Anzeigungen bringt er die Feststellung von Daten und der Identität von

---

knowledge and may influence him; his friendships and enmities, his promises, his threats, the truth of his discourses, the falsehood of his apologies, pretences and explanations; his looks, his speech, his silence where he was called to speak; everything which tends to establish the connection between all these particulars; — every circumstance, precedent, concomitant, and subsequent, become parts of circumstantial evidence. These are in their matter infinite, and cannot be comprehended within any rule, or brought under any classification".

[88] Vgl. die Fortführung bei Nani p 19. Noch weniger ist mit der Eintheilung von Renazzi l. c. p 187 gewonnen: Indicia vel ex re ipsa nascuntur, vel extra rem aliunde suggeruntur.

[89] § 316. Er selbst beruft sich auf Mathaeus, welcher sagt: Desumitur (praesumptio) ex personis, ex causis, ex loco, ex tempore, ex qualitate, ex silentio, ex familiaritate, ex fuga, ex negligentia, ex vicinia, ex obscuritate, ex eventu, ex dignitate, ex aetate, ex quantitate, ex amore, ex societate etc. Mathaeus, De probationibus cap. 2 Nr 1.



Personen, Sachen und Handschriften [90]. Von den in der gemeinrechtlichen Literatur gemachten Versuchen gewähren allein diejenigen einen wirklichen Anhaltspunkt, welche das Verhältniss zwischen der anzeigenden und der angezeigten Thatsache ins Auge fassen und fordern, dass dasselbe entweder ein Causal- oder ein Coexistential-Verhältniss sei, oder, wie mit entschiedener Verbesserung der bisherigen Auffassung Bauer lehrt (vgl. oben S 121 Anm 37), ein Causal- oder ein Bedingungsverhältniss. Diese Eintheilung, welche nach der ebenso klaren als übersichtlichen Darstellung Bauers [91] sich hauptsächlich auf den Anschuldigungsbeweis bezieht, zeigt uns also die anzeigende Thatsache entweder a. als die Ursache [92] oder als die Wirkung [93] des Hauptfactum; oder b. entweder als dessen Bedingung oder als durch dasselbe bedingt erscheinend. Belehrend ist jedoch, dass, was das Bedingungsverhältniss betrifft, Bauer, der bereits das Coexistentialverhältniss mit der Bemerkung ausgeschlossen hat, dass die hieraus abgeleiteten Anzeigungen sich immer auf das

---

[90] Aehnlich ist die Gruppirung der Indicien bei Ellero cap. 12 ss. Nach ihm lassen sich die Anschuldigungsanzeigen auf drei Classen zurückführen: 1. Das Zusammentreffen der moralischen Elemente, welche das Verbrechen ermöglichen, sozusagen das virtuelle Delict herstellen; a. das Indicium der Fähigkeit, Verbrechen zu begehen, b. das des Motivs zum Verbrechen, c. das der Gelegenheit zu dessen Begehung. 2. Materielle Spuren der Ausführung des Verbrechens. 3. Manifestationen des Thäters und anderer, welche der That vorausgehen oder nachfolgen. — Einen neuen Weg will Schaper, GA 1866 S 256, einschlagen; nur ist nicht klar, worauf die von ihm wegen der „Einführung des mündlichen Verfahrens“ für nöthig erachtete Eintheilung eigentlich beruht: „Der erkennende Richter kann nur noch unterscheiden zwischen Beweisgründen und Verdachtsgründen. Jene vermitteln den Schluss auf das Schuldbewusstsein und den Umfang der Schuld; sie überzeugen; es bedarf mindestens eines solchen Grundes, ehe das »Schuldig« gesprochen werden kann .... Daneben haben die Verdachtsgründe nur den Werth näherer Aufklärung. An sich erzeugen sie nichts weiter als Wahrscheinlichkeit; sie unterstützen vorhandene Beweisgründe, ersetzen aber nicht ihren Mangel. Ob Anzeigen zur einen oder andern Classe gehören, lässt sich immer erst in der mündlichen Verhandlung ermessen“. Weiter aber ist bemerkt, dass die Auslassung des Angeklagten „entfernte Anzeigen zu nahen steigern kann“ (S 257), und, was viel mehr Beachtung verdient: „Bleibt die Wahl unter mehreren am Orte der That zur Zeit derselben anwesenden, so erhält insonderheit auch neben Bezichtigungen eine Reihe von Umständen den Werth wahrer Beweisgründe, welche an und für sich nur zum Zweck der Aufklärung ... von Bedeutung erscheinen“ (a. a. O. S 259). Einen Versuch, eine Uebersicht des Indicien-Materials zu bieten, macht auch Mittermaier in GA 1866 S 592—594.

[91] Lehrbuch §§ 163 ff.

[92] Bauer a. a. O. § 164.

[93] Bauer a. a. O. § 165.

Causal- oder Bedingungsverhältniss zurückführen lassen, bezüglich des letzteren selbst wieder das Bedenken äussert, dass allerdings a posse ad esse kein Schluss sei; zwar beruhigt er sich damit, dass die Möglichkeit und unter Umständen selbst die Wahrscheinlichkeit des bedingten sich doch immer aus dem Dasein der Bedingung folgern lasse, allein er fügt doch sogleich hinzu: Auf dieser Grundlage beruhen nur wenige und zwar vorzüglich negative Anzeigen, insbesondere Gegenindicien und Entschuldigungsanzeigen. In der That giebt er auch eine Uebersicht über „Anzeigen als Bedingungen des Verbrechens“ [94]; allein die nach seiner Anordnung nun zu erwartende Darstellung der „durch das Verbrechen bedingten Anzeigen“ vermag er nicht folgen zu lassen. In Wahrheit lassen sich alle Indicien auf zwei übrigens nicht streng zu sondernde Quellen zurückführen:

1. Zumeist beruhen sie auf dem Causalverhältniss, das Wort freilich im weitesten Sinne genommen, d. h. sie stellen a. entweder unmittelbar die Realisirung einer der Existenzbedingungen dieses Vorfalles, wie er sich nach den schon bekannten Umständen zugetragen haben muss, dar [95], oder sie führen durch Folgerung zu einer Thatsache, bei welcher dies zutrifft [96], oder b. sie stellen sich in gleicher Weise als die unmittelbare Wirkung des bereits erwiesenen Vorfalles [97] oder als auf eine solche zurückführend [98] dar.

2. Aus der Betrachtung der bekannten Umstände des Vorfalles ergiebt sich eine Anzahl positiver und negativer Anforderungen, welchen die zu erforschende Thatsache entsprechen muss, wenn sie als eine zulässige und als die jede andere in den Hintergrund drängende Erklärung des Vorfalles, als die durch die Uebereinstimmung mit den bekannten Umständen sich bewährende Hypothese erkannt werden soll; jede Thatsache, die eine solche Anforderung erfüllt, wirkt als Indicium. In diesem Sinne beruht also die Eignung zum Indicium auf

---

[94] Bauer a. a. O. § 166.

[95] Z. B. Anwesenheit am Thatort, Beschluss zur Verübung der That, Besitz des dazu nöthigen Werkzeuges.

[96] Der Beschuldigte ist in der Nähe des Thatortes gesehen worden; es werden dort Sachen oder Spuren gefunden, die nur er zurücklassen konnte; er hatte ein Motiv zur That; er suchte sich das nöthige Werkzeug zu verschaffen.

[97] Das blutbefleckte Gewand; das Wissen von Umständen, die zu dieser Zeit ein anderer als der Thäter nicht wissen konnte.

[98] Der Beschuldigte hat Kleidungsstücke, Waffen u. s. w. zu reinigen oder zu verbergen versucht, was vermuthen lässt, dass sie unmittelbare Wirkungen der Verübung der That unter diesen Umständen zeigten; er hat einen Beweis des Alibi zu erkünsteln gesucht, gesucht, anderen ungerechten Verdacht zuzuziehen, was auf das durch die That selbst hervorgerufene Schuldbewusstsein schliessen lässt u. s. w.

dem Verhältniss der anzeigenden Thatsache zu der zu beweisenden, vermöge dessen sie dazu beiträgt, die Annahme der letzteren als die allein oder doch vorzugsweise zulässige erscheinen zu lassen, ihr gegenüber jeder anderen Hypothese den Vorzug zu sichern. Allerdings wird es immer möglich sein, auch auf ein Causalverhältniss im früher bezeichneten Sinne zurückzukommen; allein der Weg wird oft ein weiter, unsicherer sein und die überzeugende Kraft des Umstandes wird nicht darin, sondern in dem hier dargestellten Verhältniss wurzeln. So ist z. B. Anwesenheit am Thatorte eine unbedingte Voraussetzung der Verübung der That; wenn aber hunderte anwesend waren oder doch zugegen gewesen sein können, wie wenig beweist sie! Wenn sich aber zeigt, dass der Angeklagte der einzige Anwesende war, oder doch, dass er einer von sehr wenigen ist, deren Anwesenheit unter den Umständen möglich war, dann sind die Umstände, aus welchen dies hervorgeht, solche, welche die sonst ungemessene Zahl der möglichen Hypothesen einschränken, und aus ihnen geht eine überzeugende Kraft hervor, die in dem Maass zunimmt, je weniger denkbare Hypothesen sie übrig lassen. Wenn sich z. B. zeigt, dass nur ein Mensch ein Motiv haben konnte, die That zu begehen, dass nur einer die Gelegenheit dazu hatte, sie so zu verüben, wie sie verübt sein muss, oder dass nur ein Mensch dies konnte, bei welchem gewisse Voraussetzungen eintreffen[99], so schliesst sich im ersten Fall sofort der Ring, im zweiten verengt er sich so, dass nur mehr die wenigen eingeschlossen sein können, bei welchen die Voraussetzungen eintreffen. Im letzteren Falle dienen

[99] Hieher gehört z. B. der von Mittermaier in GA 1866 S 594 Anm 2 erwähnte Fall: Eine Frau wurde ermordet gefunden, und es zeigte sich, dass sie an einer tiefen, im innern ihrer Geschlechtstheile zugefügten Wunde starb. Die Verhältnisse wiesen darauf hin, dass nur der Ehemann Gelegenheit hatte, ihr diese Wunde beizubringen. — Man nehme Fälle, wie diejenigen, wo kunstgerechte Zerlegung des Getödteten auf einen Arzt oder Wundarzt, die Erdrosselung durch den sog. Henkersknoten auf einen Scharfrichter als Thäter hinweist (Mittermaier a. a. O. S 593); man denke an die schon oben erwähnten Fälle, wo Fussspuren, der Eindruck, den eine Flickstelle des Beinkleides zurückliess, der abgesprungene Glasknopf u. s. w. alle Hypothesen ausschliessen, bei welchen nicht jemand als der Thäter erscheint, auf den diese Merkmale zutreffen; oder an die Fälle, wo in den Fingern des Ermordeten fremde Haare, Bestandtheile eines fremden Kleides als Spuren der geleisteten Gegenwehr zurückgeblieben sind und eben dadurch jeder von der Combination ausgeschlossen ist, der nicht die gleichen Haare oder ein Kleid von gleichem Stoffe hat. Aehnlich verhält es sich, wenn der Thäter nicht identificirt, aber verlässlich beschrieben ist; nur solche Hypothesen sind zulässig, welche sich auf eine Person beziehen, auf welche diese Beschreibung passt. S. eine Zusammenstellung solcher Fälle bei Best § 201, wo eine Gegenüberstellung von mit der Unschuld des Angeklagten verträglichen Erklärungen gegeben ist.

dann wieder andere Anzeigen in gleicher Weise bei der immer mehr sich verengenden Wahl unter den noch übrig gebliebenen Hypothesen[100]. Solche Anzeigen haben eben darum zugleich eine positive und eine negative Bedeutung. Wenn in die offenbar vom Thäter herrührenden Fussspuren der Fuss des Angeklagten nicht passt, wenn der Dieb durch ein Gitter gegriffen haben muss, welches für die Hand, wenn er durch ein Loch gebrochen sein muss, welches für den Körper dieses Angeklagten zu eng ist, so macht dies der gegen letzteren erhobenen Anschuldigung ein Ende. Wenn Sachen, die der Thäter am Ort der That zurückgelassen haben muss, in keiner Weise mit dem Angeklagten in Zusammenhang gebracht werden können, so muss dies in hohem Grade bedenklich und vorsichtig machen; denn obgleich es denkbar ist, dass die Beziehung des Angeklagten zu den Sachen eben nur verborgen blieb, ist doch wenigstens das Vorhandensein einer der Voraussetzungen der richtigen Lösung des Räthsels nicht dargethan.

II. Die individuelle Prüfung des Beweiswerthes eines Thatumstandes, der nach dem Vorstehenden als eine mögliche Anzeige sich darbietet, muss nun von der positiven und von der negativen Seite ausgehen.

1. In positiver Hinsicht muss untersucht werden, ob und in wie fern die Voraussetzungen wirklich zutreffen, welche annehmen liessen, dass der Thatumstand einen Beitrag zur Lösung der durch den Fall gestellten Frage bieten werde. Hier ist es vor allem nothwendig, die Warnung zu wiederholen, sich nicht dadurch beeinflussen zu lassen, dass der Thatumstand sich scheinbar unter eine gewisse Classe anerkannter Indicien bringen lässt, namentlich, wenn es sich um Eintheilungen handelt, welche nicht blos die Beweisqualität, sondern auch das Maass der Beweiskraft a priori ein für allemal festzusetzen unternehmen. Es ist schon früher mehrfach hervorgehoben worden, dass für den einzelnen Fall gar nichts daraus folgt, dass ein gewisser Thatumstand unter einen abstracten Begriff gebracht werden kann, welcher dem eines etwa häufig vorkommenden Verdachtsgrundes entspricht; diese Aufstellung bedeutet nichts anderes, als dass unter gewissen Umständen unter diesen Begriff fallende Thatsachen als Indicien verwerthbar sind; auf die dabei unausgesprochen gebliebenen Bedingungen kommt aber alles an. Noch bestimmter gilt dies von allen Versuchen, den Grad der Beweiskraft gewissermaassen schon voraus abzumessen. So hat sich z. B. die uralte Sonderung der Indicien in schwere und leichte, nahe und entfernte noch vielfach, und

---

[100] Schaper in GA 1866 S 259.

namentlich auch in englischen Darstellungen des Indicienbeweises erhalten [101]; allein wenn dies zu dem Versuch ermuntert, gewisse Verhältnisse und Beziehungen ein für allemal einer dieser Stufen zuzuweisen, so muss dies nothwendig die bedenklichsten Resultate herbeiführen, ebenso wie wenn etwa die naturgemässe und die Uebersicht in gewissen Beziehungen erleichternde Eintheilung der Indicien nach dem Zeitverhältniss [102] zum Träger allgemeingiltiger Regeln gemacht werden soll.

Eine und dieselbe Classe von Thatumständen kann im einzelnen Falle Gestaltungen annehmen, welche das Causal- oder das Bedingungs-

[101] Interessant ist die Zähigkeit, mit welcher trotz seiner freien Beweiswürdigung das englische Recht an den Versuchen der Classification der Indicien nach ihrer Beweiskraft festhält. Immer wieder wird Sir Edward Coke citirt: „Many times“, sagt dieser, „juries, together with other matter, are much induced by presumptions; whereof there be three sorts, viz. violent, probable, and light or temerary. Violenta praesumptio is many times plena probatio; praesumptio probabilis moveth little; but praesumptio levis seu temeraria moveth not at all“. Charakteristisch aber ist es, dass das Beispiel einer praesumtio violenta, das Coke selbst anführt, der oben schon erwähnte Musterfall des Indicienbeweises, gar nicht ein einzelnes Indicium, sondern eine Combination bietet. Vgl. namentlich Best § 317; Archbold b. I p. II ch. 2 sect. 2 p 208; Wills ch. 2 s. 2 p 26 ff. Letzterer verwirft unbedingt die Gleichstellung von heftigen Präsumtionen mit nothwendigen, von ernsten oder schweren mit wahrscheinlichen (probables or graves), wie sie sich z. B. bei Blackstone III ch. 23 p 371. 372 findet und auch bei Bentham Buch 1 Kap. 6 S 16 angedeutet ist. Die Eintheilung sei irreführend und unrichtig, since a presumption may be violent and not necessary. Er würde einer Eintheilung in starke und schwache Anzeigen den Vorzug geben, warnt aber sofort vor jeder praktischen Verwendung solcher Eintheilungen; man könne die Ausdrücke, die so gewonnen werden, eben nur relativ gebrauchen; die Beweiskraft gegebener Thatsachen müsse von der Betrachtung des individuellen Falles abhängen and can no more be predicated than the boundaries can be defined of the separate colour which form the solar bow. Siehe noch Nani l. c. p 15. Bonnier § 828 II p 406 ss.

[102] Die Eintheilung in vorausgehende, gleichzeitige und nachfolgende Indicien, auf welche namentlich Feuerbach und das bayerische Strafgesetz einen übertriebenen Werth legten (Wills nennt ihn an outrage upon all legal and philosophical principles, vgl. oben S 122 und Bonnier § 829 II p 409), ist weder streng durchzuführen, noch liefert sie annähernd brauchbare Anhaltspunkte für die Bestimmung des Werthes der einzelnen Indicien. Gerade die am geringsten angeschlagenen, die nachfolgenden, würden an sich am meisten Beachtung verdienen; denn soweit sie nur als Wirkungen des Verbrechens oder der verbrecherischen Thätigkeit zu erklären sind, bleiben sie für sich allein schon ungelöste Räthsel, wenn die Schuld nicht angenommen wird, während wenn der Zusammenhang vorausgehender Indicien mit der That zweifelhaft wird, es gar nicht mehr nothwendig ist, sich mit ihnen zu beschäftigen, und die Erklärung der feststehenden Thatsachen unabhängig von ihnen zu suchen ist.

verhältniss in dem unter I bezeichneten Sinne in einer engeren und wirksameren oder in einer weiteren und weniger wirksamen Weise darstellen oder endlich dasselbe völlig verflüchtigen, wie das unten in einer Reihe von Beispielen gezeigt werden soll. Die individuelle Prüfung, welche dies feststellen oder ausschliessen soll, muss daher die positiven und negativen Momente, von welchen die Verwerthung des einzelnen Umstandes abhängt, genau ins Auge fassen.

2. Eine strenge Sonderung der negativen Momente ist nicht möglich, da die Prüfung ja eben darauf gerichtet ist, ob der vorausgesetzte Zusammenhang besteht, und dabei sich zeigen muss, ob etwa ein anderer Zusammenhang hervortritt. Indess ist vor allem zu beachten, dass das negative Indicienmaterial doppelter Art sein kann: Es kann sich um Umstände handeln, welche die einzelnen Elemente des Indicienbeweises ganz unberührt lassen, aber dem Gesammtergebniss desselben Gründe entgegenstellen, welche es zerstören oder abschwächen (Anzeigen der Unschuld); von diesen kann erst später gesprochen werden, wo es sich um das Totalergebniss des Indicienbeweises handelt. Es können aber auch Umstände vorliegen, welche nur die Beweiskraft der einzelnen Anschuldigungsanzeigen angreifen, und zwar ebenfalls indem sie sie ganz zerstören oder abschwächen [103]. Dies vorausgeschickt lässt sich doch als durchgreifende Regel bezüglich der negativen Beweismomente der letzteren Art folgendes hervorheben:

a. An und für sich können den Verdacht erregenden Momenten,

---

[103] Vgl. namentlich Bauer, Anzeigenbeweis S 294 ff. Mittermaier in GA 1859 S 152; ebendaselbst die Burrill entlehnte Eintheilung der Gegenanzeigen in solche, die bewiesen werden müssen, aber einmal bewiesen die Anschuldigungsbeweise entkräften (infirmative facts), und in solche, die nur zu Vermuthungen führen, welche mit der Beweiskraft der letzteren nicht im Einklang stehen und daher „keines Beweises bedürfen“ (supposable facts). Richtig aufgefasst ist der Gegensatz der: die blosse Möglichkeit einer anderweitigen Erklärung eines scheinbar ein Indicium begründenden Umstandes, wenn sie in letzterem schon gelegen erscheint, genügt, um ihn der beweisenden Kraft zu berauben; dagegen bedarf es der Gewissheit oder doch Wahrscheinlichkeit solcher Thatsachen, die, von aussen her hinzutretend, die verdächtigende Eigenschaft eines Thatumstandes beseitigen sollen. Wenn die Sachen, welche beim Angeklagten gefunden wurden, nur solcher Art sind, dass ihre Identität mit den gestohlenen, die anfangs für ausgemacht galt, ebensowohl auch nicht bestehen kann, so genügt diese Möglichkeit, um dem Umstand alle beweisende Kraft zu nehmen. Ist dagegen die Identität festgestellt, so wird die blosse Möglichkeit, dass dieselben durch dritte Hand an den Angeklagten gelangt sein können, nicht den Verdachtsgrund aus der Welt schaffen; es wird dazu nöthig sein, dass der Erwerb wenigstens wahrscheinlich gemacht wird; der hierüber gelieferte Nachweis zerstört das Indicium.

welche in einem bestimmten Thatumstand liegen, andere gegenüberstehen, welche den Verdacht beseitigen oder doch verhindern, dass er in dem vollen Umfange wirke, welcher jenem sonst beigemessen würde. Man wird z. B. bei einem Fleischhauer, der sein Gewerbe regelmässig ausübt, auf Blutflecke das Gewicht nicht legen, das ihnen sonst beizumessen ist. Das scheinbar vorhandene Motiv zum Verbrechen wird alle Bedeutung verlieren, wenn sich zeigt, dass der Thatumstand, der es begründen sollte, dem angeblichen Thäter gar nicht bekannt gewesen ist, z. B. wenn angenommen wird, der Testamentserbe des Getödteten habe die Aenderung des Testamentes verhindern wollen, es sich aber zeigt, dass der Angeklagte nicht wusste, entweder dass ein zu seinen Gunsten errichtetes Testament vorhanden war, oder dass Anstalten getroffen wurden, es zu ändern. Der Nachweis, dass der Angeklagte in nächster Nähe des Thatortes sich befand, wird werthlos, wenn dargethan ist, dass er von Personen umgeben war, die ihn am Verbrechen gehindert oder dessen Verübung nicht verschwiegen hätten. Wenn gezeigt wird, dass diese Anwesenheit auch ohne Rücksicht auf das Verbrechen eine ganz natürliche und erklärliche war, so bleibt zwar noch immer darin ein Umstand, durch welchen eine wesentliche Voraussetzung der Annahme der Thäterschaft verwirklicht wird, allein jene engere Beziehung, welche eine nur durch verbrecherische Absicht zu erklärende Anwesenheit am Thatort hergestellt hätte, entfällt.

b. Es muss ferner die Aufmerksamkeit auch auf die Möglichkeit gerichtet sein, dass täuschende Veranstaltungen getroffen worden seien, um eine gewisse Thatsache glauben zu machen.

c. Das wichtigste aber ist, dass dem Angeklagten Gelegenheit gegeben sein muss, sich gegenüber jeder einzelnen Anzeigung zu verantworten. Es handelt sich hier nicht blos um die Anwendung des den ganzen Prozess beherrschenden Grundsatzes, dass niemand ungehört verurtheilt werden darf; sondern es gehört zum Wesen zwar nicht aller Indicien, aber doch derjenigen, welche die Thäterschaft beweisen sollen, dass sie erst dann verlässlich beurtheilt werden können, wenn das Verhalten des Angeklagten ihnen gegenüber bekannt ist. Sie sind nämlich alle so beschaffen, dass es zum mindesten nicht wahrscheinlich ist, dass der Angeklagte nicht eine befriedigende Erklärung derselben geben könnte, wenn eine solche in der Sachlage gegeben ist. Erst der Mangel dieser Erklärung, wo sie einem Unschuldigen möglich sein müsste, hilft über den Zweifel völlig hinweg, den die immer anzuerkennende abstracte Möglichkeit, dass der Verdacht täuschen könne, erregt. Der Umstand selbst erlangt seine volle verdächtigende Kraft also erst aus der Art, wie sich der An-

geklagte darüber ausspricht; weiss er nichts vorzubringen oder zeigt er durch offenbar lügenhaftes Anbringen, dass er nichts ihm günstiges zu sagen habe, so beseitigt dies nicht blos jenen Zweifel, sondern es kann unter Umständen [104] daraus noch ein selbständiger Verdachtsgrund erwachsen. Dagegen muss auch hier dasjenige, was für die Prüfung der Aussage des Angeklagten gilt (s. Glaser, Handb. §§ 52 ff. und unten Abhandl. D, 2. Abth.), wohl beachtet werden; die Art und Weise, wie sich der Angeklagte über einen scheinbar verdächtigenden Umstand ausspricht, kann seinen Angaben, auch wenn sie sonst durch nichts unterstützt sind, Glauben erzwingen, namentlich wenn sie sofort unbefangen und natürlich vorgebracht werden, wenn sie die innere Wahrscheinlichkeit für sich haben und durch keinen erwiesenen Thatumstand Lügen gestraft werden. Es handelt sich ja nicht darum, dass der Angeklagte die Harmlosigkeit des Umstandes beweise, sondern dass durch die einleuchtende Möglichkeit, dass es sich, so wie er angiebt, verhalte, die verdächtigende Wirkung des Umstandes abgeschwächt, dem jedem blossen Verdacht beigemischten Zweifel das Uebergewicht verschafft wird [105]. Ueberdies kann die Angabe des

[104] Unbedingt ist dies auch nicht der Fall; vor allem ist zu erwägen, ob der Umstand an sich nicht so beschaffen ist, dass nicht gerade nothwendig dem Angeklagten bekannt sein muss, welche Bewandniss es damit habe (z. B. wenn die gestohlene Sache in seinem Garten vergraben gefunden wird). Immerhin ist es auch denkbar, dass der Angeklagte den wahren Sachverhalt aus Gründen nicht angeben will, welche wichtig genug sind, ihn zu bestimmen, lieber auf die ihm mögliche Aufklärung des Verdachtes zu verzichten. — Endlich sei schon hier bemerkt, dass lügenhafte Angaben nicht blos aus dem Bewusstsein der Schuld, auch aus der Erkenntniss der Unmöglichkeit, einen täuschenden Verdacht durch wahrheitgemässe Angaben zu beseitigen, entspringen können. Immerhin ist es daher sehr rathsam, die beiden Fragen aus einander zu halten: Ist der Verdachtsgrund durch den Mangel einer Erklärung, zu welcher dem Angeklagten Gelegenheit geboten war, gekräftigt? Ist das Verhalten des Angeklagten gegenüber diesem Verdachtsgrunde selbst wieder Quelle neuen Verdachtes?

[105] So sagt z. B. Archbold a. a. O. p 208 in Bezug auf den aus dem Besitz gestohlener Sachen erwachsenden Verdachtsgrund: Macht der Angeklagte eine plausible Angabe (reasonable account) über die Art, wie er in den Besitz derselben gelangte, so entkräftet das die Präsumtion dermaassen, dass dem Ankläger die Last der Widerlegung aufgebürdet wird. — Ueber die ganze Materie des Mangels einer ausreichenden Erklärung des Angeklagten s. Wills ch. 3 sect. 5. Sehr richtig sagt dieser: „Die natürliche und befriedigende Erklärung scheinbar verdächtigender Umstände wirkt stets mächtig zu Gunsten des Angeklagten und verschafft ihm bereitwilligen Glauben auch da, wo die gegebene Aufklärung nicht leicht geprüft werden kann. Andererseits aber wächst die Kraft verdächtigender Umstände, wenn der Betheiligte nicht versucht, eine Erklärung von Thatsachen zu geben, bezüglich welcher vernünftigerweise anzunehmen ist, dass er im Stande ist und ein Interesse hat, sie aufzuklären".

Angeklagten, auch wenn sie an sich nicht überzeugend ist, Anhaltspunkte für weitere Nachforschungen bieten, deren Ergebniss dann gestatten wird, sich ein Urtheil über die Wahrhaftigkeit der Angabe selbst zu bilden.

III. Es soll nun die Wirksamkeit der vorstehend auseinandergesetzten Regeln an einer Reihe der am häufigsten als Indicien sich darbietenden Erscheinungen veranschaulicht werden:

1. Die strafbare Handlung wurzelt im Willen des Schuldigen; es ist daher eines der wichtigsten Elemente der Beweisführung aus dem Gesichtspunkte der Verursachung der That, wenn nachgewiesen werden kann, dass sie aus dem Seelenleben dieses bestimmten Menschen hervorgegangen ist. Gerade hier lässt sich aber auch deutlich zeigen, wie nach der Beschaffenheit der feststehenden Umstände sich der Kreis der möglichen Hypothesen enger oder weiter gestaltet. Zunächst gehen hier die Fäden von beiden Endpunkten aus: die Beschaffenheit der That, wie sie anderweitig als erwiesen vorliegt, gestattet einen mehr oder weniger sicheren Rückschluss auf die psychische Beschaffenheit des Thäters, und umgekehrt bieten die bekannten Charaktereigenschaften und psychischen Erscheinungen eines bestimmten Menschen Anlass, ihn mit der That in Verbindung zu bringen. Die so gewonnenen Anhaltspunkte können sich beiläufig in folgender Weise abstufen:

a. Der Charakter des Verdächtigen im allgemeinen. Es kann sich dabei um die erste, gewissermaassen grobe Classification handeln, in welche die Gesellschaft thatsächlich zerfällt: Personen, die der eigentlichen Verbrecherclasse angehören, die ihr fern, oder ihr nahe stehen; es kann aber auch ein genaueres Eingehen auf die speciellen Charaktereigenschaften stattfinden. Im ersten Fall ist nur, allenfalls unter Hervorhebung sehr umfassender Gruppen von strafbaren Handlungen, eine Folgerung darauf ermöglicht, ob überhaupt bei dem Angeklagten vorausgesetzt werden kann, dass er fähig sei, solche zu begehen; im zweiten erfolgt schon eine Schlussfolgerung dahin, ob gerade Handlungen von der Art, wie die ihm jetzt zur Last gelegten, von ihm zu erwarten sind. Die erstere Beweisführung wird sich nur auf die Lebensweise in ihrer Totalität, auf den Leumund überhaupt und eben darum nur darauf stützen, was diejenigen, die den Angeklagten kennen, im allgemeinen über ihn denken, wie von ihm gesprochen wird. Bei der zweiten werden dergleichen Angaben wohl auch noch einigermaassen Beachtung finden; es wird aber doch schon möglich und darum auch nothwendig sein, auf die Gründe der vorgebrachten Urtheile einzugehen, und der beweisende Eindruck der hierauf bezüglichen Aussagen wird in dem Maass grösser sein, als einerseits die Charaktereigenschaften, die be-

zeugt werden, eine specielle Beziehung zu der Classe von Delicten haben, welchen der Gegenstand der Anklage angehört, und als andererseits concrete Erlebnisse angeführt werden können, aus welchen die fraglichen Eigenschaften mit Grund gefolgert werden. In letzterer Hinsicht kann es dann vorkommen, dass den Thatsachen, aus welchen das Vorhandensein gewisser Eigenschaften gefolgert wird, andere gegenübergestellt werden, aus denen das Gegentheil gefolgert werden soll. Man kann es daher hier mit einer Kette auf- und absteigender Schlussfolgerungen zu thun haben: Aus einer bestimmten Thatsache, die mit dem vorliegenden Fall sonst nichts zu thun hat, wird auf eine bestimmte Charaktereigenschaft geschlossen; das Vorhandensein der letzteren soll dann die weitere Folgerung ermöglichen, dass diese Eigenschaft sich wohl auch im vorliegenden Falle als wirksam erwiesen haben könnte. Die ganze Kette von Folgerungen ist zwar eine sehr entlegene und schwache, für sich allein kaum beachtenswerthe, immerhin lässt sich aber nicht verkennen, dass selbst dergleichen Andeutungen einen sehr berechtigten Einfluss üben können, wenn das sonstige Beweisergebniss nur zwischen zwei Personen die Wahl lässt, von denen die eine, aber nicht die andere die fraglichen Charaktereigenschaften zeigt, oder wenn sonst sehr starker Beweis vorhanden ist, dem Behauptungen entgegengestellt werden, die an sich nicht wahrscheinlich sind, aber vielleicht grössere Beachtung fänden, wenn sie von oder für jemand vorgebracht werden, zu dem man sich nach seinem bisherigen bekannten Leben der That nicht versehen sollte. Letzterer Gesichtspunkt ist vielfach so vorangestellt werden, dass man sogar gefordert hat, es müsse die Geneigtheit zum Verbrechen positiv bewiesen werden, wenn der Indicienbeweis überhaupt oder doch ein Indicienbeweis von bestimmter Art für ausreichend angesehen werden sollte [106]. Beides ist willkürlich, weil der Zweifel, den es erregen muss, wenn einem Menschen eine That

---

[106] Vgl. schon oben S 119 Anm 35. S. noch insbes. Bauer, Anzeigenbeweis S 233. Ganz besonders aber Mittermaier, Strafverfahren S 178 X, welcher erklärt, auf die im Text bezeichneten Momente komme es vorzüglich an, jedenfalls aber werde die „Kraft der Anzeige da sehr gemindert werden, wenn sich nach allen bekannten Verhältnissen des Angeschuldigten das in Frage stehende Verbrechen ihm nicht zutrauen lässt“. Vgl. auch desselben Aufsatz im NA XIV S 597. Im österr. Recht ward hierauf in den aufeinanderfolgenden Gesetzen besondere Rücksicht genommen, aber immer mehr die entgegengesetzte Richtung eingeschlagen. Das Gesetz von 1803 hatte bei Tödtung und Körperverletzung das Vorhandensein eines bestimmten Motives, bei anderen Verbrechen aber unbedingt gefordert, dass der Beschuldigte ein Mensch ist, zu dem man sich der That versehen kann; in beiden Fällen waren überdies noch zwei andere Indicien erforderlich, aber auch eine grössere Zahl konnte jenes Erforderniss nicht ersetzen. (§ 412

zur Last gelegt wird, zu der man sich von ihm nicht versehen kann, ebenso gut einem Zeugenbeweis gegenüber, als bei einem Indicienbeweis auftauchen kann, und weil er in beiden Fällen verstummen muss, wenn der Beweis der Schuld im übrigen überzeugend ist; weil ferner andererseits der Einfluss, den die Beurtheilung der Persönlichkeit auf die Würdigung der übrigen Beweisergebnisse naturgemäss übt, sich mannichfach abstuft und eine gesetzliche Fixirung am allerwenigsten erträgt. Man kann z. B. nicht, wie es § 281 der österr. StPO v. 1853 thut, dem Mangel eines ehrbaren Erwerbes und dem Umgang mit Verbrechern den Fall gleichstellen, wenn jemand wegen eines auf gleichen Triebfedern beruhenden Verbrechens verurtheilt wurde, da die Folgerungen, welche sich für den einzelnen Straffall ergeben, verschiedene sind, je nachdem der anzeigende Umstand sicherer auf das Vorhandensein eines auch im vorliegenden Falle wirksamen Motives schliessen lässt[107].

III u. IV; s. auch Jenull IV 68. 71. 80.) Das G von 1833 änderte dies und ward auch hierin von der StPO von 1853 als Grundlage benutzt; aus Bedingungen der Zulassung des Indicienbeweises sind daselbst die fraglichen Umstände Beweiserleichterungen geworden, insofern nämlich an den vollständigen Indicienbeweis geringere Anforderungen gestellt werden, wenn bestimmte Umstände vorhanden sind, welche annehmen lassen, dass man sich der That vom Beschuldigten versehen könne. S. Kitka, Beweislehre S 282—284, 382 ff.; Rulf zu § 281 StPO von 1853.

[107] Belehrend ist auch hier die Vergleichung mit dem englischen Recht, auf dessen eigenthümliche Stellung in dieser Frage schon früher hingewiesen wurde s. oben Anm 35), wo auch schon der Ausnahmen Erwähnung geschah, welche mehr und mehr die Gesetzgebung einführte. Während man auf dem Continent fast dahin kam, den positiven Nachweis schlechten Leumunds zu einem wesentlichen Element des Indicienbeweises zu machen, kann man von England, wo allerdings die Frage nicht auf den Fall des Indicienbeweises beschränkt wird, sagen, die gemeinrechtliche Regel sei, trotz mannichfacher Schwankungen, im wesentlichen die: Dem Angeklagten ist gestattet, Beweise dafür beizubringen, dass er sich eines guten Rufes erfreue, wobei allerdings mehrfach gefordert wird, dass in der Specialisirung so weit gegangen wird, dass ersichtlich sei, man schreibe ihm gerade solche Eigenschaften zu, welche mit der Annahme seiner Schuld wegen dieses Verbrechens nicht im Einklang stünden. Dabei wird jedoch Werth darauf gelegt, dass der Ruf, der Leumund, nicht der Besitz der Eigenschaften selbst oder die Anführung von Thatsachen, die für denselben sprechen, Gegenstand der Beweisführung sei; es muss gefragt werden: welchen Ruf geniesst der Angeklagte in Bezug auf Redlichkeit, Sittlichkeit, Humanität? u. s. w. Stephen macht dazu Digest note 24 p 162. 163 die treffende Bemerkung, dies müsste eigentlich dahin führen, dass ein Zeuge, der weiss, dass jemand ein Diebshehler ist, dass es ihm aber gelungen ist, dies zu verbergen, bestätigen müsste, dass er sich des Rufes eines ehrlichen Mannes erfreue. Dem Ankläger ist aber keinesfalls gestattet, dasselbe, was der Angeklagte thun darf, sofort in entgegengesetzter Richtung zu unternehmen, zu beweisen, dass sein Ruf ein schlechter sei; dies darf erst zur Widerlegung eines vom Angeklagten angetretenen Leumundsbeweises geschehen und bewegt sich innerhalb sehr enger

b. Viel näher tritt dem einzelnen Fall der Nachweis des Vorhandenseins eines Motivs zur That, während aus dem Charakter höchstens die Geneigtheit zu Thaten dieser Art gefolgert werden kann. Ebendarum muss man unterscheiden zwischen dem inneren und dem äusseren Antrieb zum Verbrechen[108]; der erstere liegt in dem Vorhandensein einer psychischen Eigenschaft, welche den Wunsch, die Begierde erregt, zu deren Befriedigung sich Thaten dieser Art als ein geeignetes Mittel erweisen; sein Nachweis ist eben nur ein gehörig specialisirter Nachweis des Charakters; das äussere Motiv aber liegt in concreten Gegenständen, auf welche das Begehren sich richtet und deren Zusammenhang mit der That den Entschluss zu letzterer bei diesem Individuum erklärlich und wahrscheinlich macht. Ohne ein solches äusseres Motiv ist die That nicht denkbar, und je schwerer und ungewöhnlicher sie ist, desto weniger ist man geneigt, an sie zu glauben, solange man nicht ein zulängliches Motiv zu derselben dargethan findet. Insofern kann man das Nichtvorhandensein eines Motivs als eine Gegenanzeige, die freilich nicht blos den Indicienbeweis, sondern jeden Schuldbeweis abschwächt, betrachten. Allein die Bedeutung derselben ist keine durchgreifende; denn nicht blos kann ein Motiv unbekannt geblieben sein, das, erkannt, alles erklären würde, sondern es kommt auch vor, dass bei verderbten

---

Grenzen, soweit nicht die Gesetze ausdrücklich wenigstens den Nachweis früherer Verurtheilungen gestatten. Und man sieht hierin, mit stolzem Bewusstsein, eine Eigenthümlichkeit des englisch-amerikanischen Rechtes gegenüber den Ländern, deren Gesetzgebung sich unter dem Einfluss des römischen Rechtes entwickelte (s. namentlich Wharton book III ch. 1 p 315 ss. und Stephen, General view ch. VIII p 309. 310), eine Eigenthümlichkeit, welche ihre logische Rechtfertigung darin finden soll, dass es zwar zulässig sei, zu schliessen: Wer keines Verbrechens oder keines Verbrechens dieser Art fähig ist, kann auch dieses nicht begangen haben — nicht aber: Wer Verbrechen solcher Art fähig ist, hat auch dieses Verbrechen begangen. Dabei wird aber, wie so oft, übersehen, dass es sich eben nicht um einen Beweis, der für sich allein genügt, sondern um einen Wahrscheinlichkeitsgrund, der neben anderen abgewogen werden soll, handelt, und der, mit der gehörigen Vorsicht gehandhabt, einen berechtigten Einfluss ausübt, den er indirect auch in der englischen Praxis üben muss, was immer man auch versucht, es zu hindern. S. Alison p 629. 630. Wharton book II ch. 1 s. 9 p 233 ss. Taylor §§ 326. 327. Greenleaf III §§ 25. 26. Archbold book I s. II ch. 1 p 191—194. Best §§ 259—261. Stephen, Digest ch. VI art. 55 ss. Stephen, General view ch. VIII p 309 ss. Cox, Digest of criminal cases from 1850 to 1862 p 82. Glaser, Anklage S 338. Vgl. noch bezüglich des Einflusses des Charakters auf den Beweis Püttmann, Opuscula jur. crim. Lips. 1789. p 233. Mittermaier in GA 1858 S 155. Schaper daselbst 1866 S 259.

[108] Bentham Buch V Kap. 14 S 208—210. Wills ch. 3 s. 1 p 39 ss. Ellero c. 14 p 88 ss. Schaper in GA 1866 S 259. Bauer, Anzeigenbew. S 282.

Naturen Motive ausreichen, die mit dem allgemein menschlichen Maassstab gemessen, als solche gar nicht in Anschlag gebracht würden. Um aber als positiver Verdachtsgrund zu wirken, muss das Motiv deutlich erkennbar sein, und auch hier hängt die überzeugende Kraft von dem Maass der Specialisirung ab. Es ist etwas anderes, wenn blos gezeigt wird, dass der Angeklagte habgierig ist und dass er bei einem Reisenden, der überfallen wurde, Geld vermuthen konnte, und etwas anderes, wenn nachgewiesen werden kann, dass er in drückender Noth war oder sonst dringend Geld nöthig hatte und dass er bei dem Reisenden Geld gesehen hatte. Ebenso gross ist der Unterschied zwischen dem Nachweis des Motivs, der darin liegt, dass ein der Ermordung seiner Frau angeklagter eine heftige Neigung zu einer anderen fasste, und dem, der sich ergiebt, wenn man erfährt, dass er der letzteren beharrlich erfolglos nachstellte, dass er überzeugt war, nur durch Heirath in ihren Besitz gelangen zu können, dass er, eben kurz bevor die Frau getödtet wurde, erfahren hatte, sie sei im Begriff, sich einem anderen zuzuwenden. Wenn jemand in einem anderen den Verwahrer eines ihm wichtigen Geheimnisses zu fürchten hat, so kann er auf die Anschuldigung, ihn getödtet zu haben, vielleicht antworten, die Gefahr, von jenem verrathen zu werden, habe seit Jahren bestanden, dennoch habe er sie geduldig getragen, es sei also aus ihr nichts zu folgern; wenn dagegen der Getödtete erst kurz vor seinem Tode in den Besitz des Geheimnisses gelangte oder wenn Umstände vorliegen, welche darthun, dass gerade jetzt der Angeklagte Gründe hatte, die Enthüllung seines Geheimnisses bestimmt zu erwarten oder sie mehr als sonst zu fürchten, oder zu wünschen, sich endgiltig vor ihr zu schützen, so steigert dies die Bedeutung des Nachweises eines Motivs in unverkennbarer Weise und leitet hinüber zu dem Nachweis

c. des bereits gefassten Entschlusses[109], einem Nachweis, welcher wieder mehr oder weniger zwingend wirkt, je nachdem blos ein allgemeines Vorhaben, das eine Gelegenheit abwartet, dargethan wird, oder das Fassen eines die Ausführungsmodalitäten einschliessenden Planes — je nachdem blos Reden, Drohungen u. dgl. Aeusserungen vorliegen, die nicht immer ernst gemeint sein müssen, ferner Veranstaltungen, Vorbereitungen, Versuche, welche nicht gerade auf diese bestimmte That hinweisen, oder schon bestimmtere, die Einzelheiten

---

[109] Ellero c. 17 p 102 ss. Bauer, Anzeigenbeweis S 282—284. Bentham Buch 5 Kap. 7 S 182 ff. Wills ch. 3 s. 2 p 45 ss. Wharton book II ch. 2 sect. 7 n. 5 p 277 ss.



der wirklich erfolgten That vorauszeigende Reden, Vorbereitungen und Veranstaltungen. Die beweisende Kraft dieser und der vorstehend unter a u. b erwähnten Momente liegt einerseits darin, dass sie eine mögliche, ja wahrscheinliche Ursache des Verbrechens aufzeigen und dass man daher geneigt sein wird, diese als die wirkliche Ursache gelten zu lassen, solange nicht eine andere gedacht werden kann, für deren Annahme irgendwelche Anhaltspunkte gegeben sind. Sie liegt ferner darin, dass es ein zwar denkbares, aber wenig wahrscheinliches Zusammentreffen wäre, wenn ein Verbrechen, an dessen Verübung jemand ein Interesse hatte, das er beschlossen und vorbereitet hatte, genau unter den zu diesen Voraussetzungen passenden Modalitäten von einem anderen, von dessen Dasein keine Spur sich zeigt, verübt worden sein sollte. Damit ist aber auch schon andererseits wieder die Richtung angedeutet, welche die Gegenbeweisführung oder doch die Gegendeduction zu nehmen hat; alles, was die erwähnten Thatsachen auf andere Weise, als aus dem verbrecherischen Entschluss zu erklären vermag oder darthut, dass das Motiv schon früher und bei günstigeren Gelegenheiten zu der That hätte führen müssen, dass es sich als nicht ausreichend erwiesen habe, dass die Anstalten einen harmlosen Zweck hatten, dass andere Personen ein stärkeres Motiv hatten, das Verbrechen zu begehen, — wirkt abschwächend; ja es kann unter Umständen genügen, darzuthun, dass, neben den bekannten, noch andere unaufgeklärte Beziehungen vorhanden waren.

2. Das Verbrechen kann nur von jemand begangen sein, der zu dessen Verübung Gelegenheit und Mittel[110] hatte; der Nachweis, dass es daran fehlte, oder dass die Gelegenheit oder das Mittel, welche thatsächlich benutzt wurden, dem Angeklagten nicht zugänglich waren, wirken daher sofort als vollständige Entlastung. Umgekehrt gestattet die blosse Zugänglichkeit von Mitteln solcher Art, das Offenstehen einer Gelegenheit eben nur, den Angeklagten in einen Kreis von möglichen Thätern einzuschliessen. Aber der Verdacht wird natürlich immer dringender, wenn dieser Kreis enger wird, besonders wenn nicht blos gezeigt wird, dass der Angeklagte das Mittel oder die Gelegenheit haben konnte, sondern dass er sie wirklich hatte, — wenn das Mittel nicht nur der Art nach als geeignet erscheint, sondern nur ein Mittel dieser Art, oder gar nur dieses individuelle Mittel angewendet ist; und es steigert sich der Verdacht zur Gewissheit, wenn feststeht, dass die Gelegenheit oder

[110] Ellero c. 15 p 92 ss. Bauer a. a. O. Bentham a. a. O. Kap. 14 II S 210. Wills ch. 3 s. 3 p 52.

das Mittel, welche wirklich benutzt wurden, diesem Menschen und nur ihm zu Gebote standen[111]. — Auf der anderen Seite kann der Besitz eines Mittels, das zur That geeignet war, an sich ein doppelt verdächtigender Umstand werden, wenn nach Lage des Falles anzunehmen ist, dass dasselbe nur zum Zweck der Verübung des Verbrechens angeschafft wurde, und das gleiche gilt vom Aufsuchen der Gelegenheit, wenn es ohne das Vorhaben des Verbrechens nicht erklärlich wäre. Derselbe materielle Thatumstand dient dann dazu, eine der Voraussetzungen des Verbrechens als vorhanden anzudeuten, und findet umgekehrt selbst wieder in dem (beabsichtigten) Verbrechen seine Erklärung. Die Gegenwirkung gegen die hier erörterten Verdachtsgründe wird darauf gerichtet sein müssen, den Kreis der Personen, welche Mittel und Gelegenheit zur That besassen, möglichst zu erweitern oder darzuthun, dass dasjenige, dessen Zusammenhang mit dem Angeklagten erwiesen ist, thatsächlich zur Verübung des Verbrechens nicht gedient hat, — eventuell dass dessen Verschaffung sich auf andere Weise als durch die Absicht, das Verbrechen zu begehen, erklärt.

3. Der Besitz der Früchte des Verbrechens[112] hat stets für einen ausserordentlich schlagenden Verdachtsgrund gegolten. Allein auch hier besteht eine grosse Mannichfaltigkeit in den Abstufungen, die sich nach der Beschaffenheit der Gegenstände und ihrer Zahl, nach der Art und den Umständen des Besitzes u. s. w. richten. Vor allem kann der Beweis der Identität der Gegenstände oft nur bis zur Wahrscheinlichkeit gebracht werden; es können die Sachen in eine Kategorie gehören, die zahllose ähnliche Exemplare einschliesst, und es hängt dann die Identificirung von zufälligen oder absichtlich angebrachten individuellen Zeichen, manchmal auch von der Congruenz der Stücke oder ihrer Zahl ab. (Vgl. z. B. den oben Anm 65 erwähnten Fall, oder man denke daran, dass dem A eine Brieftasche mit 2 Noten zu 100, 6 zu 50 und 10 zu 5 Mark entwendet ist, und dass bald darauf genau die gleiche Zahl gleicher Noten bei B gefunden wird.)

---

[111] Allerdings hat man es hier auch fast überall nicht mit gegebenen Thatsachen, sondern mit Folgerungen aus den Umständen, mit Indicien der Indicien zu thun; z. B. wenn bewiesen ist, dass der Angeklagte sich Gift verschafft hatte, dass er es kurz vor der Erkrankung eines Vergifteten in einem Papier verwahrte, welches bald darauf leer gefunden wurde (vgl. Wills p 17), so beruht darauf die Folgerung, dass das Gift, welches der Angeklagte besass, mit dem, welches hier verwendet wurde, identisch war.

[112] Bauer, Anzeigenbeweis S 285. Wills l. c. sect. 4 p 53—65. Wharton book II ch. 2 sect. 7 n. 6 p 278. Bentham Buch V Kap. 4 S 177 ff. Schaper a. a. O. S 260.

Eben darum macht es einen grossen Unterschied, ob die sämmtlichen muthmaasslich vom Verbrechen herrührenden Sachen beisammen gefunden werden, oder nur einzelne Stücke; sofern die Sonderung nicht durch andere Vorgänge erklärt ist, erregt dieselbe den Gedanken, dass, da eine Besitzveränderung nach der That überhaupt stattgefunden hat, grade der jetzt gefundene Theil in eine unschuldige Hand gekommen sein kann. Umgekehrt ist es leichter denkbar, dass eine einzelne Sache einen solchen Weg gemacht hat, als dass die Gesammtheit der Sachen ungetheilt sich in dritter Hand vorfinde. So wie es ferner einerseits den Verdacht steigern muss, wenn es überhaupt auffallend ist, dass der Angeklagte Sachen dieser Art besitzt, so schwächt es ihn, wenn er nach seinen Verhältnissen leicht und auf eine unschuldige Weise zu denselben gelangt sein kann. Ebenso ist es bezüglich der Zeit, die verstreichen konnte, ehe der Angeklagte in solcher Weise zu den Sachen kam; je mehr Zeit dafür frei stand, desto schwächer ist der Verdacht. Ob der Angeklagte wenigstens glaubhaft machen oder als nicht unwahrscheinlich darstellen kann, dass und wie er in den unverfänglichen Besitz gelangte, ist eben so wichtig, als die Art, wie die Sachen bei ihm nachgewiesen werden: ob blos Zeugenaussagen darüber vorliegen, dass sie in seinem Besitz waren, — ob sie unter Umständen gefunden worden, wo ihm deren Vorhandensein bekannt sein musste, oder welche gar erkennen lassen, dass er sich der Nothwendigkeit bewusst war, deren Besitz zu verheimlichen. Eben dadurch ist schon angedeutet, in wie mannichfacher Richtung aufklärende Rechtfertigungen des Angeklagten bei dieser Art von Verdachtsgründen denkbar sind. — Uebrigens gilt das hier gesagte zumeist ebenso von sachlichen Spuren der Verübung des Verbrechens, z. B. Besitz des offenbar benutzten Werkzeuges, der Kleider, welche der Thäter muthmaasslich getragen haben muss u. dgl.

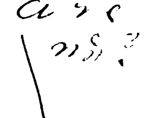
4. Eine grosse Reihe von oft einzeln aufgeführten Indicien bilden Thatsachen, welche vom Schuldbewusstsein[113] Zeugniss geben. Von solchen Thatsachen, die als eine Annäherung an das Beweismittel des Geständnisses anzusehen sind, ist noch unten zu sprechen; hier aber sind zahlreiche Vorgänge zu erwähnen, welche alle ihre verdächtigende Kraft daraus schöpfen, dass sie in dem Schuldbewusstsein des Angeklagten ihre einzige, oder doch eine höchst wahrscheinliche Erklärung finden. Bauer unterscheidet hier willkürliche und

[113] Bauer, Anzeigenbeweis S 286 ff. Bentham Buch V Kap. 10—13 S 197 ff. Wills ch. 3 sect. 68 p 79—82, sect. 7 p 82—93. Wharton book II ch. 2 sect. 7 n. 4 ss. p 269 ss. Schaper a. a. O. S 261.

unwillkürliche Handlungen. Erstere zielen ab auf die Verhinderung der Entdeckung der That oder des Thäters (Beseitigung von Spuren und Beweismitteln, Fälschung von Beweisen, Werbung falscher Zeugnisse, Verdächtigung Unschuldiger, Versuche der Beschwichtigung oder Einschüchterung des Beschädigten, Bestechungsversuche) oder auf die der Ergreifung (Flucht, Verbergen, Verkleiden, Vorbereitungen, um rechtzeitig und möglichst gesichert entfliehen zu können u. s. w.). Noch mannichfaltiger sind unwillkürliche Vorgänge, die auf Schuldbewusstsein schliessen lassen, Zeichen von Furcht, Sorge, Unruhe, Verlegenheit, Erschrecken, unwillkürliche Ausrufe, Verrathen des Wissens von Vorfällen oder der verdächtigenden Bedeutung scheinbar harmloser Umstände. Man hat es hier mehr noch als sonst mit Erscheinungen zu thun, die vieldeutig sind und leicht täuschen können, während allerdings auch sie unter Umständen schlagende Beweiskraft in sich tragen können; alles kommt nämlich darauf an, ob sie nur daraus zu erklären sind, dass der Angeklagte von der That und ihren Umständen wusste und sich ihrer nur in Folge seiner Schuld in Hinsicht dieser That bewusst sein konnte. Sobald es möglich ist, dass das Benehmen des Angeklagten darin wurzelt, dass er anderweitige Schuld auf sich geladen, oder darin, dass er sich bewusst ist, dass ihn Verdacht trifft, dass ihm Haft, Untersuchung und Strafe unter Umständen droht, unter welchen es ihm schwer sein würde, sich ihnen auf geradem Wege zu entziehen, geht die verdächtigende Kraft der Umstände verloren. Das gleiche kann geschehen, wenn der Angeklagte im Stande ist, die auffallenden Erscheinungen auf andere Weise harmlos zu erklären, wenn er z. B. nachweist, dass die angebliche Flucht eine Reise war, deren Zweck schon vorher bekannt war, oder welche durch ganz andere Verhältnisse nothwendig gemacht war, — dass unwahre Angaben, die er machte, in seinem Wunsch, andere zu schonen oder Geheimnisse zu bewahren, die andere betreffen, ihren Grund hatten.

IV. Wenngleich der heutige Strafprozess unvollständige Beweisarten im Sinne des gemeinen Prozesses und seiner halben Probe nicht kennt, wenngleich Aussagen, welche unter den Begriff des Zeugnisses, des Geständnisses u. s. w. fallen, diesen ihren Charakter auch dann nicht verlieren und Indicien werden, wenn ihnen formelle oder sachliche Mängel anhaften, so giebt es doch Beweisformen, welche sich auf der Grenze zwischen natürlichen Beweismitteln und Indicien befinden. Schon öfter und auch in gegenwärtigem Paragraphen sind Aeusserungen und Bethätigungen des Angeklagten erwähnt worden, die nicht Aussagen gleichkommen, aber doch als ein mehr oder weniger

ausdrückliches Geständniss oder ein Sich-verrathen des Angeklagten anzusehen sind[114]. Daran schliessen sich Vorgänge solcher Art, wie sie Taylor[115] sehr treffend „Geständnisse, durch Betragen statt durch Worte ausgedrückt", (statements expressed in the language of conduct instead of the language of words) nennt. In ähnlicher Weise grenzt der Zeugenbeweis an den Indicienbeweis in denjenigen Fällen, wo Zeugen nicht behaupten, sondern nur Eindrücke, Aehnlichkeiten oder das Ergebniss von Folgerungen, die einer Controle nicht mehr unterstellt werden können, darlegen. Wenn z. B. der Zeuge eine Person beschreibt, die er in der Nähe des Thatortes gesehen hat, und so beschreibt, dass dies auf den Angeklagten passt, so ist das ein durch Zeugen hergestelltes Indicium; wenn aber der Zeuge aussagt, er habe im Dunkeln einen Mann gehen sehen, den er für den Angeklagten gehalten, oder der dem Angeklagten ähnlich gesehen, er habe eine Stimme gehört, welche der des Angeklagten ähnlich sei, so geht das Zeugniss selbst in ein Indicium über. Solche unberechen- und uncontrolirbaren persönlichen Eindrücke gewinnen an Bedeutung, wenn denselben Eindruck mehrere unter gleichen Umständen empfangen haben. Eine andere Annäherung des Zeugenbeweises an den Indicienbeweis liegt in der Uebermittelung von Aussagen und Erzählungen, zumal wenn diese nicht mehr mit der Gewissheit und Sicherheit erfolgen kann, welche für eine Zeugenaussage gefordert wird; z. B. Wiedergabe der Mittheilungen eines Verstorbenen, welcher den Angeklagten als den Thäter bezeichnete, ohne den Grund seines Wissens anzugeben, — Wiedergabe der Ergebnisse eines Gespräches, ohne dass der Gang desselben „getreu" erzählt wird u. dgl. Hieher gehört endlich das Verhalten dritter Personen, wenn dieses auf eine ihnen innewohnende Kenntniss gewisser Thatsachen hinweist, so dass darin ein stummes Zeugniss liegt (z. B. kann aus dem Benehmen der Bewohner einer Gegend, in welcher ein gefürchteter Räuber sein Wesen treibt, beim Anblick eines bestimmten Menschen gefolgert werden, dass sie diesen als den Räuber erkannten[116] u. s. w.). Solche Beweisgründe sind ausserordentlich



[114] Wer denkt nicht an die „Kraniche des Ibykus"? — Wenn gleich dem Gebiet des niedrigkomischen angehörig, ist doch auch der Zug aus einer bekannten Posse charakteristisch: der Entwender eines silbernen Löffels soll durch Zauber entdeckt werden; der „Zauberer" befiehlt allen Betheiligten, die Hand zu erheben. „Haben alle die Hand aufgehoben?" Einstimmiges Ja! „Auch der, der den Löffel hat?" Eine Stimme ruft: Ja!

[115] § 511. Vgl. über „indirect confessional evidence" Wills ch. 3 sect. 6 p 68 ss.

[116] Können ja doch selbst Thiere solche stummen Zeugnisse ablegen.

schwach und vieldeutiger Natur und können leicht irreführen; es ist daher vorsichtiger, auf sie die Grundsätze des Indicienbeweises anzuwenden und ihnen also für sich allein keinen Glauben zu schenken, sondern sie nur mit zu berücksichtigen, als auffallende und der Erklärung bedürftige Thatsachen, die mit dazu beitragen können, zu beweisen, wie eine bestimmte Hypothese zu allen bekannten Erscheinungen des Falles genau passt.

V. Die Indicien wurden bisher nur als Elemente des Belastungsbeweises und die oben erwähnten negativen Elemente auch nur soweit erörtert, als es sich um die Auflösung und Beseitigung einzelner Anschuldigungsanzeigen handelt. Es muss aber berücksichtigt werden, dass der Indicienbeweis ganz unbeschränkt im Dienste auch des Entlastungsbeweises[117] stehen kann. Soweit also zunächst es sich um strafrechtliche Einreden oder sonst um Thatsachen handelt, bezüglich welcher der Angeklagte rechtlich oder factisch die Beweislast trägt, kann dieser Beweis ebensowohl durch Anzeigungen (Entschuldigungs-, Vertheidigungs- oder Entlastungsanzeigen, indicia exculpatoria oder excusatoria), als durch directe Beweise geführt werden; und zwar ohne Unterschied der Art der Führung des Belastungsbeweises, da auch den directen Beweisen Anzeigen der Unschuld entgegengestellt werden können. Ja diese Art der Beweisführung durch Indicien ist sogar viel wirksamer, als die Benutzung von Indicien zum Belastungsbeweis, da es viel leichter ist, nothwendige Indicien der Unschuld als der Schuld zu gewinnen, weil insbesondere der Schluss a non posse ad non esse ein nothwendiger, der a posse ad esse hingegen höchstens ein Wahrscheinlichkeitsschluss ist, und weil zur Herstellung des Schuldbeweises die Gewissheit aller Momente der Schuld dargethan sein muss, der Entlastungsbeweis aber schon geführt ist, sobald nur bezüglich eines Thatbestandsmomentes ein Umstand dargethan ist, welcher dessen Nichtsein ausser Zweifel stellt. — Die Verhältnisse und Umstände, welche dazu am häufigsten benutzt werden, sind:

1. Nachweis des Fehlens der psychischen Ursachen des Verbrechens; an der Spitze steht hier das Vorhandensein von Gründen, welche den Angeklagten von der That abhalten mussten, und der Nachweis von Thatumständen, aus welchen hervorgeht, dass er den Willen, die That zu begehen, nicht hatte[118].

---

[117] Wills ch. 5 (Exculpatory presumtions and circumstantial evidence) p 147 ss. Bauer, Anzeigenbeweis S 294 ff. Derselbe, Lehrbuch § 167.

[118] Der Nachweis eines sittlichen Verhaltens im allgemeinen und selbst der Mangel von Beweisen über das Vorhandensein der Neigungen, aus welchen der

2. Nachweis von Umständen, aus welchen sich ergiebt, dass der Angeklagte die That nicht begehen konnte; hieher gehört vor allem das Alibi, der Mangel einer für die That erforderlichen Eigenschaft oder eines bei derselben gebrauchten Mittels, das unbedingte Fehlen der Gelegenheit zur Verübung der That, Nichtausreichen der Zeit, in welcher allein die Verübung der That möglich gewesen wäre.

3. Nichtvorhandensein von Erscheinungen, welche das Verbrechen hätte hervorrufen müssen; hieher gehören sowohl sinnliche als geistige Spuren der That. In ersterer Hinsicht bieten Beispiele: das Fehlen von Fussspuren des Angeklagten auf dem weichen Boden, über welchen allein der Angeklagte sich entfernen konnte, das Fehlen von Spuren der Gegenwehr des Getödteten, trotzdem dass letztere erwiesenermaassen stattfand, der Zustand der Waffe, deren sich der Angeklagte hätte bedienen müssen, und an welcher weder Zeichen frischen Gebrauches noch der Beseitigung dieser Zeichen zu erkennen sind u. s. w. In letzterer Hinsicht kann man den Umstand anführen, dass der Angeklagte rückhaltlos von der vergifteten Speise gegessen, was beweist, dass er von der erfolgten Vergiftung nichts wusste [119], — dass er sonst Handlungen vorgenommen hat, die, falls er wusste, dass das Verbrechen verübt war, seine Interessen schwer schädigen mussten, — dass er sich mit einer Ruhe, Kaltblütigkeit und Offenheit betrug, welche mit der Annahme des Schuldbewusstseins ganz unvereinbar sind [120], dass er insbesondere unterliess, Dinge zu beseitigen, die ihn,

---

Antrieb zum Verbrechen hervorgehen soll, wird meist nur von geringer Wirksamkeit sein, weil er nur Vermuthungen begründet, während vorausgesetztermaassen prägnante Thatsachen vorliegen, welche durch jene nicht beseitigt werden, vielmehr zu der Annahme drängen, dass die wahren Gesinnungen und Charaktereigenschaften des Angeklagten bisher verborgen blieben. Anders steht es aber, wenn positive Eigenschaften bewiesen sind, welche mit der Annahme des Verbrechens unvereinbar sind. Thatsachen solcher Art sind die von Bauer, Lehrbuch § 164 aufgeführten „Gründe, aus welchen sich schliessen lässt, dass der Angeschuldigte nicht den Willen hatte, das vorliegende Verbrechen zu begehen, und zwar 1. weil es ihm an einem hinreichenden Beweggrunde dazu fehlte; 2. weil er einen besonderen Beweggrund zur Unterlassung desselben hatte, indem seine Gefühle (z. B. Liebe zu dem Ermordeten) oder sein Interesse (z. B. der Verlust gewisser Vortheile durch den Tod des Ermordeten) ihn davon abzuhalten geeignet waren; 3. weil er Handlungen vornahm, welche mit dem Willen, das Verbrechen zu begehen, nicht wohl zu vereinigen sind (z. B. er hatte eine gute Gelegenheit, das Verbrechen zu begehen, unbenützt gelassen); oder 4. weil sein Betragen vor der Zeit der That die Abwesenheit eines verbrecherischen Vorhabens annehmen lässt".

[119] Quintil. l. 7 c. 2. Nani p 13.

[120] Mancherlei Beispiele bei Bauer, Anzeigenbeweis S 300 ff. Püttmann p 237. Hieher der bei Valerius Maximus VIII 113 und bei Cicero pro Roscio

wenn er schuldig war, verdächtigen mussten, und welche unauffällig zu beseitigen ihm Gelegenheit geboten war, — dass er die ihm gebotene Möglichkeit der Flucht unbenützt liess, obgleich ihm der auf ihm lastende Verdacht in seinem vollen Umfange bekannt war.

§ 4. Benutzung des Indicienbeweises[121].

I. Die Function der Indicien im Strafprozess ist eine sehr mannichfaltige; sie sind es, welche gewöhnlich in den ersten Stadien des Strafprozesses die Aufmerksamkeit in Anspruch nehmen; oft werden sie dann durch die Beweismittel, zu deren Gewinnung sie den Anlass gegeben haben, in den Hintergrund gedrängt; oft aber auch zeigt sich noch am Schluss des Strafprozesses, dass manche factische Grundlagen des Urtheils lediglich durch Indicien herzustellen sind. Dass nun für die ersten Stadien der Untersuchung jeder Gegenstand derselben auch Gegenstand von Indicien sein könne, die beobachtet werden müssen, ist nie bestritten worden[122], namentlich auch nicht bezüglich des sog. objectiven Thatbestandes. Nur da, wo es sich um die Herstellung des Beweises durch Indicien handelt, ward sonst vielfach behauptet (und die alte Lehre hat sich erhalten und wirkt

---

Amer. c. 23 erwähnte Fall der Söhne des ermordeten Titus Coelius, welche freigesprochen wurden, weil man sie gleich nach der Verübung des Verbrechens in tiefem Schlaf gefunden, leider ein voreilig für entscheidend angesehener Umstand, da der Schlaf leicht simulirt werden kann und überdies Erfahrungen dafür sprechen, dass die Aufregung und Anstrengung der That eine tiefe Erschöpfung nach sich ziehen kann, welche den Schlaf erklärt, von Fällen halbthierischer Rohheit nicht zu sprechen, wie der des vor einigen Jahren in Wien hingerichteten Muttermörders Hackl, der ruhig in dem Bett schlief, unter welches er die Leiche seiner von ihm erwürgten Mutter geschoben hatte. — Einige Aehnlichkeit hat das auch von Bauer, Anzeigenbeweis S 302 erwähnte, in dem bekannten Prozess Fonk-Cönen für den Angeklagten geltend gemachte Argument, dass das Bandmesser, mit welchem Fonk „Cönen ermordet haben sollte, bei der mehrere Monate nach dieser angeblichen That vorgenommenen Haussuchung noch an derselben Stelle neben seinem Schreibtische lag und noch an dem Tage, seiner gewöhnlichen Bestimmung gemäss, zum Kleinmachen des Zuckers für die Familie gebraucht worden war“.

[121] Mittermaier, Beweis S 421 ff. Derselbe, Strafverfahren § 110, B I S 632 ff. Derselbe in GA 1858 S 150 ff. 603 ff., 1866 S 594 ff. Kitka, Beweislehre S 268 ff. Jagemann, Untersuchungskunde §§ 394 ff. Henke, Handbuch IV 575 ff. Bauer, Anzeigenbeweis S 155 ff. Seel im GS 1868 S 63 ff.

[122] Siehe namentlich § 135 der österr. StPO v. 1853, wo darauf hingewiesen ist, dass so wie aus der Untersuchung einer schon bekannten That Verdachtsgründe entstehen können, welche zur Erforschung des Thäters führen, ebenso sich aus den Umständen einer Person Verdachtsgründe eines von ihr begangenen Verbrechens ergeben können.

theilweise noch fort), dass in dieser Beziehung eine Beschränkung gelten soll[123].

In ihrer Allgemeinheit ist die Frage, ob eine Ausnahmestellung des sog. objectiven Thatbestandes unter den Gegenständen der Beweisführung anzuerkennen sei, bereits (oben S 80 ff.) besprochen worden. In ihrer speciellen Beziehung auf den Indicienbeweis könnte diese Forderung so verstanden werden, dass der sog. objective Thatbestand nie durch Indicien bewiesen werden könne; allein die Unhaltbarkeit einer solchen Forderung ist einleuchtend, weil es zahlreiche Verbrechen giebt, bei welchen diese Sonderung für die Zwecke der Beweisführung gar nicht denkbar ist, und andere, bei welchen der Indicienbeweis gerade in Bezug auf das objective Moment ein viel verlässlicheres Resultat bietet als in Beziehung auf die Thäterschaft, weil endlich die wichtigsten Formen des Nachweises der objectiven Momente der Spuren zurücklassenden Verbrechen (delicta facti permanentis), Augenschein- und Sachverständigenbeweis, in Wahrheit nur durch Ermittelung von Indicien ihren Zweck erfüllen. Der Indicienbeweis kann also auch bezüglich des objectiven Thatbestandes so wenig entbehrt oder ausgeschlossen werden, als es andrerseits eine Form des Beweises geben kann, welche der Nothwendigkeit überhebt, sich vom Vorhandensein aller Momente des objectiven Thatbestandes Gewissheit zu verschaffen. Zwischen diesen unbestreitbaren Wahrheiten bleibt also nur Raum für die Frage (und so allein kann sie richtig gestellt werden), ob es zulässig sei, dass in einem Falle, wo der Beweis der Thäterschaft auf Indicien beruht, der Beweis der That auf gleiche Weise festgestellt werde? Die Frage ist früher auf Grund positiver Normen vielfach

[123] Die Ansicht ist z. B. vielfach bei englischen Schriftstellern vertreten; nach der Anlage ihrer Werke werden Aussprüche, wie der folgende von Hale, immer wieder angeführt: „Niemals würde ich jemand wegen Diebstahls von Sachen eines Unbekannten ohne Beweis, dass ein Diebstahl begangen ist, blos deshalb verurtheilen, weil er nicht Rechenschaft über die Erwerbung bei ihm gefundener Sachen geben kann; niemals möchte ich jemand wegen Mord oder Todtschlag verurtheilen, wenn nicht die That bewiesen oder wenigstens die Leiche gefunden ist". Ein anderer Richter (Stowels) sagt: „To take presumptions, in order to swell an equivocal and ambiguous fact into a criminal fact would, I take it, be an entire misapplication of the doctrine of presumptions". S. Wharton book II ch. 2 sect. 8 p 283 ss.; Best §§ 441 ss. Die Nothwendigkeit, die Regel wesentlich zu beschränken, ist indess auch im englischen Recht längst anerkannt; s. Best a. a. O.; Greenleaf III § 30; Wills ch. 7 p 199—272; Taylor § 122; mit besonderer Schärfe spricht sich darüber Stephen, General view ch. VII p 265 ss., insbesondere p 274 aus. — Wir finden die Forderung aber auch noch bei Mittermaier in GA 1858 S 154.

verneint worden; heute, wo die Logik allein für die Antwort entscheidend ist, muss sie zweifellos bejaht werden. Es wäre zunächst widersinnig, zu behaupten, ein Beweis, welcher an sich ausreichend ist, eine bestimmte Thatsache ausser Zweifel zu stellen, werde hiezu unausreichend, weil eine andere Thatsache durch eine an sich für sie ausreichende, analoge Beweisführung erwiesen wird. Ueberdies beruht der Versuch[124], die Regel aufzustellen, a. auf der Nachwirkung von groben Missgriffen, welche begangen wurden, nicht weil man sich mit einem Indicienbeweise begnügte, sondern weil man Dinge als erwiesen annahm, für die gar kein Beweis vorlag, b. auf einer Annahme, welche sich selten verwirklicht, dass nämlich der ganze sog. objective Thatbestand nur durch Indicien zu beweisen ist; in der Regel handelt es sich um einzelne Thatbestandsmomente. Es steht z. B. ausser Zweifel, nicht blos dass A todt, sondern auch, dass er keines natürlichen Todes gestorben; es ist nur fraglich, ob er sich selbst getödtet habe oder getödtet worden sei; — oder es steht ausser Zweifel, dass ein Frauenzimmer geschlechtlich missbraucht wurde, fraglich ist nur, in welcher Weise dies geschah, und namentlich, ob es gegen ihren Willen geschah. In beiden Fällen kann die Entscheidung dieser Fragen ganz unabhängig davon sein, wen der Verdacht der eventuellen Thäterschaft trifft, und es wäre eben darum ganz widersinnig, wenn man z. B. die Gründe, die gegen einen Selbstmord sprechen, unbeachtet lassen müsste, weil über die Person des Urhebers des Mordes nicht Zeugnisse, sondern Indicien vorliegen. Bei Vergiftungsfällen steht es sehr häufig so, dass, einmal angenommen, es habe eine Vergiftung stattgefunden, über die Person des Thäters kein Zweifel obwaltet; in anderen Fällen ist nur diese Gegenstand des Zweifels. Hat man nun einmal anerkannt, dass sowohl in dem einen wie in dem anderen Falle Indicienbeweis volle Beruhigung gewähren könne, wäre es gewiss nicht consequent, die gleichen Beweise für unausreichend zu erklären, weil man sowohl die Vergiftung als die Person des Thäters durch Indicien beweisen muss. In Meineidsprozessen ist die Person des Thäters stets ausser Zweifel, und auch der grösste Theil des objectiven Thatbestandes; es handelt sich fast immer (neben der Frage des dolus) nur um die Unwahrheit der eidlich erhärteten Thatsachen. Kann diese durch Indicienbeweis dargethan werden, und sie wird in der Regel nur so darzuthun sein: so wäre es doch widersinnig, denselben Beweis nicht zuzulassen, wenn dieselbe Thatsache nicht in einem beeidigten Zeugniss, sondern z. B. in einer anonymen falschen Anzeige behauptet wurde, und es sich nun

[124] S. Bauer, Anzeigenbeweis S 202. 231. 271.

darum handelt, zugleich den Urheber der Anzeige durch Indicien zu überweisen. —

Die Beschränkung gilt also in keiner Weise; die Erinnerung an sie mag nur als Mahnung dienen, weder über der Schwierigkeit eines Theiles der Beweisführung, noch in Folge der überzeugenden Kraft derselben die Aufmerksamkeit von anderen, nicht minder des Beweises bedürfenden Partien abzulenken; sie mag ferner mahnen, doppelte Vorsicht anzuwenden, wenn mehr als ein Theil der zu beweisenden Thatsachen durch dieselbe Art der Beweisführung bewiesen werden soll, weil dann, da jede Art der Beweisführung ihr eigenthümliche Gefahren mit sich bringt, diese Gefahren sich leicht häufen, die Anlässe zu Missgriffen sich vermehren können.

Uebersehen darf ferner nicht werden, dass es einen Bestandtheil des Thatbestandes giebt, der gerade dann, wenn die Thäterschaft geleugnet wird, nur durch Indicien bewiesen werden kann: das Schuldmoment, und der auch in zahlreichen anderen Fällen aus Umständen erschlossen werden muss, welche von dem Beweis der Thäterschaft unabhängig sind.

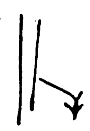
II. Vergeblich wäre es, über die Art der Erforschung von Indicien Grundsätze aufstellen zu wollen. Kenntniss der Gesetze der Erfahrung und Bekanntschaft mit den am häufigsten vorkommenden Arten der Indicien, sorgsame Beachtung der erforschbaren Umstände des Falles, eine Phantasie, die lebhaft genug ist, die möglichen Beziehungen einer scheinbar unbedeutenden Erscheinung zu erfassen, und doch auch wieder ein ruhiger, nüchterner Sinn, der davor bewahrt, sich zu früh einem einseitigen Eindruck hinzugeben und einer falschen Fährte zu folgen, bis es zu spät ist, zur richtigen zurückzukehren, — das sind die wichtigsten Anforderungen, die für das früheste Stadium der Nachforschung gestellt werden müssen. Dabei muss man sich gegenwärtig halten, dass manches Anzeichen, dessen beweisende Kraft nur sehr gering wäre, eine werthvolle Anregung für Nachforschungen geben kann; das charakteristische Beispiel dafür sind Beschuldigungen, welche blos auf Gerüchte und verbreitetes Gerede sich stützen, sowie anonyme oder sonst nur auf Meinungen, nicht auf Thatsachen sich stützende Anzeigen. — Anders aber gestalten sich die Dinge, wenn es sich darum handelt, das Indicien-Material zu sammeln, welches die Grundlage der Versetzung in Anklagestand und des Endurtheils werden soll. Hier kommt es vor allem darauf an, dass zunächst jedes einzelne Indicium scharf ins Auge gefasst und sichergestellt werde. Was in dieser Hinsicht in sachlicher Beziehung festgestellt werden müsse, ist bereits oben § 3 besprochen worden. In

formeller Hinsicht kommt es darauf an, dass die individuelle Thatsache und diejenigen ihrer Qualitäten und Beziehungen, welche im vorliegenden Falle die entscheidenden sind, ausser Zweifel gestellt werden. So weit als irgend möglich muss hier auf greifbare, sinnliche Wahrnehmung zurückgegangen und, wo eine unmittelbare Wahrnehmung möglich ist, diese angestrebt werden; wo Auskunftspersonen erlangt werden können, welche eine persönliche Wahrnehmung unmittelbar bezeugen können, sind sie zu vernehmen. Wenn überhaupt eine Wahl unter Zeugen denkbar ist, so ist allerdings auch zu beachten, dass der Indicienbeweis an Festigkeit gewinnt, wenn der Beweis für den Bestand einer anzeigenden Thatsache von dem für die anderen unabhängig ist, und zwar sowohl objectiv als subjectiv. Objectiv hängen zwei Indicien von einander ab, wenn das eine nicht wahr sein kann, sofern nicht auch das andere wahr ist; subjectiv unabhängig ist der Beweis zweier Indicien, wenn nicht die Wahrheit beider auf der Verlässlichkeit desselben Zeugen oder desselben Zwischen-Indicium beruht. Es kann daher nicht oft genug die Probe gemacht werden, die darin besteht, dass man einen Umstand, einen Zeugen hinwegdenkt und sich dann klar macht, worauf das noch übrige beruht; nur so wird man richtig erkennen, welches die relative Bedeutung eines einzelnen Beweismittels für die ganze Beweisconstruction ist, und welcher Grad von Sorgfalt und Vorsicht bei der Prüfung desselben angewendet werden muss.

Soweit es sich darum handelt, zu bezeichnen, was bei der Beweisaufnahme anzustreben ist, ist also die oft gehörte Forderung ganz gerechtfertigt, dass für jedes Indicium selbständiger, directer Beweis, wo möglich durch eine Mehrheit von Zeugen gesucht und hergestellt werden soll[125]. Allein eine ganz andere Frage ist, ob weniger genügen kann, wenn das mehr nicht zu erreichen ist. Dabei muss man vor allem sich klar machen, dass das Gesetz, welches die Beweiswürdigung in ihrer Totalität beherrscht, auch für alle Theile maassgebend

[125] Ueber das ältere deutsche Strafprozessrecht s. oben S 127. 128. Für das neuere Verfahren s. insbes. Mittermaier in GA 1858 S 151; 1866 S 586. 594. S. auch die von Glaser, Anklage S 341 angeführte Bemerkung des Vorsitzenden im Prozess Webster: „Weiter ist zu erwägen, dass jede für die Schlussfolgerung nothwendige Thatsache selbständig und unabhängig durch gehörige Beweise festgestellt sein muss. Ich sage, jede für die Schlussfolgerung nothwendige Thatsache, weil es bei Führung eines Indicienbeweises geschehen kann und sehr oft geschieht, dass Thatsachen vorgebracht werden, nicht weil sie für den Beweissatz nothwendig sind, sondern nur, um zu zeigen, dass sie mit der zu erweisenden Thatsache nicht im Widerspruch, sondern im Einklange stehen, oder um eine entgegenstehende Vermuthung zu widerlegen".

sein muss; verlangt man nicht mehr zwei beeidigte Zeugnisse für den vollen Beweis des Hauptfactum, so kann man nicht ein Indicium als unbewiesen behandeln, weil es nur durch eine Person bezeugt wird. Kann man auf Grund mittelbaren Beweises das Hauptfactum als wahr anerkennen, so ist es ein innerer Widerspruch, Indicien nicht durch Indicien beweisen zu lassen. Ja, noch mehr: gerade hier ist eine solche Forderung ganz unhaltbar; denn viele der unbestrittensten, traditionell anerkannten Indicien bieten gar nicht das Material für eine unmittelbare Schlussfolgerung, sondern führen nur zu einem anderen Umstande zurück, welcher wieder die Grundlage einer weiteren Folgerung ist[126]. Sowie überhaupt der Indicienbeweis nicht unbedingt unverlässlicher ist, als der directe, so zeigt sich dies hier vielleicht noch in höherem Grade; es kann vorkommen, dass die Mittelbarkeit die Eigenschaft erhöhter Verlässlichkeit darbietet. Wer wird z. B. an die Anwesenheit des Angeklagten am Thatorte nicht bereitwilliger glauben, wenn sie durch jenen Abdruck seines geflickten Beinkleides, durch den abgesprungenen Knopf bezeugt ist, als wenn sie von einer Person bestätigt ist, die irren oder lügen kann[127]. Ebenso verhält es sich, wenn die Anwesenheit am Thatort nur daraus gefolgert wird,



[126] Daraus, dass jemand mit der That gedroht hat, folgt nicht, dass er sie ausgeführt hat; es wird daraus nur zu folgern sein, dass er sich sie vorgenommen habe, und erst hieraus, dass er sein Vorhaben auch ausgeführt haben dürfte. — Wenn eine bei dem Thäter gefundene Banknote gewisse Zeichen trägt, so folgt daraus nicht unmittelbar die Identität mit einer behufs Entdeckung des Thäters bezeichneten, sondern es wird zunächst aus der Uebereinstimmung der vorgefundenen Zeichen mit denjenigen, deren Anbringung bezeugt ist, die Identität der Zeichen und erst daraus die der Note gefolgert. — Wenn bewiesen ist, dass der Getödtete den Angeklagten schwer beleidigt hat, dass er ihm gefährlich, dass er sein Feind war, so folgt daraus unmittelbar noch gar nichts; es wird daraus nur das Vorhandensein eines Motivs zur That gefolgert und erst daraus die Wahrscheinlichkeit der Thäterschaft des Angeklagten abgeleitet. Das Gewand, das der Angeklagte unter verdächtigen Umständen gewaschen hat, wird eine Grundlage des Beweises nur dadurch, dass zunächst auf die Wahrscheinlichkeit, dass es blutbefleckt war, davon auf die Wahrscheinlichkeit, dass der muthmaassliche Thäter bei Verübung des Mordes mit Blut bespritzt wurde, geschlossen wird. Welche Kette von Folgerungen ist nothwendig, damit ein im Hause des Angeklagten gefundenes, blutiges Beil den Verdacht begründe, dass er die That verübt habe?

[127] Auch damit darf man aber nicht eine Linie weiter gehen, als die Sachlage rechtfertigt. Der Zeuge, der über die Anwesenheit am Thatort aussagt, wird zugleich mit der Verlässlichkeit, die ihm überhaupt innewohnt, den Zeitpunkt der Anwesenheit feststellen; der abgesprungene Glasknopf, der Abdruck im Boden geben darüber nur annähernde oder durch weitere Nachforschung erst zu gewinnende Auskunft; und doch ist die Anwesenheit am Thatort für das Beweisresultat werthlos, wenn sie nicht mit der Zeit der That zusammenfällt.





dass einige Zeugen den Angeklagten in die Nähe des Thatortes sich begeben, andere ihn sich von dort entfernen sahen — oder wenn die Identität der am Thatort gefundenen Waffe nicht von einem Zeugen behauptet, sondern durch eine Reihe von Umständen dargethan wird [128]. — Es kommt also auch hier nicht darauf an, durch welche Art von Beweisen die Gewissheit erlangt ist, sondern dass sie überhaupt vorhanden ist, und dass insbesondere bei dem so hergestellten Indicium man darüber sich klar ist, ob seine Existenz völlig ausser Zweifel gestellt oder nur in hohem Grade wahrscheinlich ist, während Umstände, bei welchen auch letzteres nicht der Fall ist, gar nicht weiter in Anschlag gebracht werden dürfen.

Dass die positiven und negativen Momente, welche die Annahme eines Indicium bedingen, nicht streng gesondert werden können, ist schon oben (S 161) bemerkt worden. Die sorgfältige Feststellung der positiven Momente wird daher nothwendig auch die Nachforschung nach etwaigen negativen Momenten in sich schliessen, und somit die Verpflichtung, Andeutungen von Thatsachen, die solche in sich schliessen können, nicht unbeachtet zu lassen, sondern weiter zu verfolgen. Das wichtigste Mittel hiefür bietet die Vernehmung des Beschuldigten über jede als Indicium ins Auge gefasste Thatsache.

III. Handelt es sich um die Benutzung der Indicien für das Endurtheil, so kommt es darauf an, das Verhältniss derselben zu den anderen Beweismitteln ins klare zu setzen und an dem Beweismaterial diejenige Kritik zu üben, welche Beruhigung über die beweisende Kraft desselben verschafft. In formeller Hinsicht ist dazu nothwendig, dass für Vollständigkeit der Materialien, für gute, allen Betheiligten zugängliche Uebersicht derselben und, was hier ganz besonders wichtig ist, für möglichst allseitige Erörterung gesorgt werde. Alles dies ist zwar bei der Vorführung alles Beweismaterials in jeder Hauptverhandlung anzustreben; allein es ist deshalb um so nothwendiger, wenn es sich um die Benutzung von Indicien und insbesondere um die Construction eines reinen Indicienbeweises handelt, weil sich nicht verkennen lässt, dass dieser einerseits fordert, dass die Aufmerksamkeit einer sehr grossen Anzahl von Gegenständen zugewendet werde, aber auch andrerseits die Urtheilskraft in höherem Maasse in Anspruch nimmt und neben all dem eine grosse Anspannung der Phantasie fordert. Dafür, dass nichts übersehen werde, was von einem bestimmten Gesichts-

[128] Z. B. dass der Angeklagte eine Waffe gleicher Art besass, die er nicht mehr besitzt und über deren Verbleib er sich nicht ausweisen kann, — dass er Versuche gemacht hat, die Auffindung der Waffe zu hindern u. dgl.

punkt aus beachtenswerth sein kann, dass keine Möglichkeit, keine Hypothese ungeprüft bleibe, deren Ausschliessung durch das Beweisergebniss allein die Haltbarkeit des Beweissatzes darthun würde, kann durch nichts in gleichem Maasse gesorgt werden, als durch die Beweisaufnahme in mündlicher, contradictorischer Verhandlung und durch die allseitige mündliche Erörterung ihrer Ergebnisse. Im englischen Prozess tritt hiezu noch die Erörterung der Grundsätze des Beweisrechtes, der allgemein giltigen Voraussetzungen der Beweiskraft der Indicien und der erforderlichen Art ihres Zusammentreffens, welche nach dem Maass der Bedürfnisse des einzelnen Falles der Vorsitzende des Gerichtes den Geschworenen vorzutragen verpflichtet ist, und welche am besten dafür sorgen kann, dass die Entscheidung der einzelnen Fälle weder unter der gänzlichen Ignorirung von Beweisgrundsätzen, noch unter der Unterbindung der Prüfung des individuellen Falles durch starre Regeln leide[129].

IV. In sachlicher Hinsicht ist die Aufgabe bei der Würdigung des Gesammtergebnisses des Indicienbeweises[130] folgende:

1. Es ist im oben erörterten Sinne der Bestand der einzelnen Indicien in thatsächlicher Hinsicht ausser Zweifel zu stellen, so dass eine möglichst volle Beruhigung darüber erzielt wird, dass die Gesammtheit der erheblichen thatsächlichen Verhältnisse in ihrer Wahrheit erkannt wird.

2. Sodann ist zunächst an den einzelnen scheinbar vorhandenen Indicien strenge Kritik zu üben. Vor allem sind alle solche Umstände auszuscheiden, welche an und für sich keine Berechtigung haben, als Beweismomente zu gelten, Umstände also, denen nur Vorurtheil und Aberglaube Werth beilegt, und in Fortsetzung dieser Operation sind Umstände, welchen zwar nicht jeder Beweiswerth abzusprechen ist, die aber nur schwankende und unsichere Folgerungen

---

[129] Bonnier §§ 824. 831—834, vol. II p 403. 410—413. Mittermaier in GA 1858 S 150. 151, speciell über die Wichtigkeit des Schlussvortrages des Richters das. S 150. 158 und 1866 S 603 ff.

[130] Es ist nicht überflüssig, zu bemerken, dass es in der Regel nur ein Theil der festzustellenden Thatsachen sein wird, der auf dem Indicienbeweise beruht, sowie dass auch in dieser Beschränkung der Indicienbeweis sehr oft nur als ein Element der Beweisführung auftritt, insofern nämlich für oder gegen die zu beweisende Thatsache auch directe Beweismittel vorgebracht werden und die Indicien diesen entweder unterstützend zur Seite oder auch bekämpfend gegenüber gestellt werden. In einem gewissen Sinn löst sich aber dann die Beweisführung doch in einen Indicienbeweis auf, insofern die Kritik der directen Beweise dann wesentlich mit Indicien operiren muss.

gestatten, dem entsprechend in den Hintergrund zu schieben[131]. Sodann ist die Tragweite jedes sonach noch übrig bleibenden Umstandes angesichts der concreten Sachlage scharf zu untersuchen, und namentlich darauf zu achten: a. ob nicht im gegebenen Falle durch entgegenstehende Momente die beweisende Kraft gebrochen oder geschwächt wird; b. ob das Gesetz, auf welchem der Obersatz beruht, auf die vorliegende Gestaltung der Dinge passt[132], da sonst sehr leicht demselben eine allgemeinere Geltung beigelegt wird, als ihm wirklich zukommt (man denke z. B. an die eine Zeit lang herrschende Ueberschätzung der Lungenprobe); c. ob die aus dem Obersatz zu ziehende Folgerung auch wirklich so weit reicht, als nothwendig ist, damit der Umstand im vorliegenden Falle gerade das beweise, was aus ihm abgeleitet wird (z. B. wenn dadurch zwar bewiesen ist, dass jemand nicht eines natürlichen Todes gestorben ist, aber noch nicht ausgeschlossen, dass er sich selbst getödtet habe, — wenn zwar Schuldbewusstsein anzunehmen ist, aber nicht gerade Bewusstsein dieser

---

[131] Schon Art. 21 CCC hatte vor der Benutzung abergläubischer Mittel gewarnt, und Püttmann l. c. p 230 ss. wiederholt diese Warnung, nicht ohne sich auf neuerliche Fälle zu berufen, die die Nothwendigkeit der Warnung bewiesen. Mag auch diese seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts in stetiger Abnahme sein, soweit es sich um Aberglauben handelt, mögen Diebsspiegel, Nachwirkungen der Bahrprobe u. dgl. auch allen Einfluss verloren haben, so sind jedenfalls Vorurtheile genug zurückgeblieben, welche geneigt machen, den Einfluss von Abstammung, Religion, Lebensberuf zu überschätzen und auf alle Angehörigen ganzer Gruppen unbedacht anzuwenden, was oft voreilig genug um des Verhaltens einzelner willen der ganzen Gruppe beigemessen wird. Noch leichter ist man geneigt, dem Eindruck der Physiognomie sich hinzugeben u. dgl. Und selbst die nicht unberechtigten Folgerungen aus erwiesenen Thatsachen des Vorlebens des Angeklagten müssen mit der grössten Vorsicht geprüft werden, will man nicht in Gefahr gerathen, gedankenlos und ungerecht zu urtheilen. Ebenso verhält es sich mit Erscheinungen, die nicht mit Unrecht als Zeichen der Schuld angesehen werden können, wie Erröthen, Stottern, Verlegenheit u. dgl., und die, wie schon bemerkt, oft ebensowohl aus dem Schrecken des Unschuldigen über die ungewohnte Berührung mit der Strafjustiz zu erklären sind. Mit Recht warnt schon ein alter französischer Jurist, Ayrault, davor, diesen Momenten zu viel Werth beizulegen (y a-t-il si habile homme et si assuré de son innocence, lequel s'il est pris sans y penser et interrogé sur le champ ne chancelle? . . .). Vgl. Duverger § 320. 321, vol. II p 415 ss. 429. 430. S. auch Mathaeus l. 48 tit. 16 cap. 3 Nr 11, und in Bezug auf die Flucht Püttmann l. c. p 237. Hier ist auch noch der Benutzung von Aeusserungen, die jemand im Delirium u. dgl. entfahren sind, zu gedenken. Siehe darüber Krafft-Ebing, Criminalpsychologie S 193.

[132] Vgl. namentlich Mittermaier in GA 1858 S 152. Schaper daselbst 1866 S 257.



Schuld, zwar Anwesenheit am Thatort, aber noch nicht Betheiligung an der That, zwar schuldhafte Betheiligung an der Sache, aber nicht gerade Thäterschaft, zwar Beraubung des Angegriffenen, aber nicht Tödtung zum Zweck des Raubes u. s. w.[133]; d. ob nicht eine Lücke in der Schlussfolgerung sich zeigt, zu deren Ausfüllung kein im Strafprozess verwendbarer Behelf gegeben ist[134].

3. Hierauf ist die gegenseitige Beziehung der einzelnen Indicien ins Auge zu fassen. In dieser Hinsicht kommt wieder sowohl

---

[133] Schaper a. a. O. S 257. 258; doch ist ihm nicht zuzustimmen, wenn er dem Umstand, dass die heutige Gesetzgebung „nicht blos den Willen, auch blosse Vorbereitungshandlungen straflos lässt", für die Beweisfrage „eine tiefere Bedeutung" beimisst. Aus dem Vorhaben folgt nicht nothwendig die Ausführung, auch nicht, wenn es schon vergebliche Versuche zur Folge hatte; aus der noch offen stehenden Möglichkeit der Willensänderung mag indess die Straflosigkeit unbedingt folgen, nicht aber die Unzulässigkeit eines Wahrscheinlichkeitsschlusses auf die Ausführung eines Vorhabens, das einmal bestand und das objectiv verwirklicht ist.

[134] Dass eine Lücke in der durch natürliche Beweise unternommenen Beweisführung eintritt, ist, wie namentlich Stephen, General view ch. VIII p 260 u. 290 scharfsinnig nachweist, etwas alltägliches und unvermeidliches; allein in der Regel wird die Lücke (gap in the evidence) durch eine berechtigte Schlussfolgerung ausgefüllt; wo dies aber nicht geschehen kann, die Lücke vielmehr nur übersehen wird, da ist dies ein verhängnissvoller Fehler. Der Angeklagte wurde z. B. auf dem Weg zum Thatort gesehen; allein hinter der Stelle, wo er zuletzt gesehen wurde, zweigt noch ein Weg ab, der nicht zum Thatort führt. Wenn dies übersehen wird, wenn man, ohne Gründe zu besitzen, welche die Annahme ausschliessen, dass der Angeklagte den Nebenweg betreten habe, aus jener Thatsache dessen Anwesenheit am Thatort gefolgert hat, so ist dies ein bedenklicher Sprung in der Beweisführung. Oder es wird aus dem Umstand, dass der Getödtete sich in schmähenden Aeusserungen über den Angeklagten erging, gefolgert, dass dieser von Rachegefühl gegen jenen erfüllt war; da wäre es eine bedenkliche Lücke, wenn der directe oder indirecte Nachweis fehlte, dass der Angeklagte von jenen Aeusserungen Kenntniss hatte. Es braucht kaum bemerkt zu werden, dass es Fälle giebt, wo die Lücke durch einen nicht unzulässigen Wahrscheinlichkeitsschluss ausgefüllt wird, immerhin aber die zwingende Gewalt des Indicium dadurch sehr gemindert wird, zumal wenn dabei die Beweisführung nicht in Gefahr käme, sich im Kreise zu bewegen. Der Angeklagte ist der einzige am Tische mitsitzende, der nicht nach der Mahlzeit erkrankte; ist bewiesen, dass er auch der einzige war, der von einer bestimmten Speise nicht ass, so ist die daraus abzuleitende Folgerung eine sehr sichere. Ist dies aber nicht erwiesen und wird eben nur wegen der nichterfolgten Erkrankung vermuthet, so kann man nicht mit voller Beruhigung auf diese Vermuthung die Folgerung stützen, dass die Speise vergiftet, und etwa noch, dass dies dem Angeklagten bekannt war. Anders wenn der Beweis, dass die Speise vergiftet war, hievon unabhängig ist; dann wird die Annahme, dass der einzig gesund gebliebene von ihr nicht gegessen habe, ihre selbständige Berechtigung haben u. s. w.

die äusserliche als die innere Beziehung — Form und Inhalt — in Betracht:

a. In äusserlicher Hinsicht hat die Zählung der Indicien heute nicht mehr die Bedeutung, die sie früher besass. Nicht blos die Gesetze, welche eine gewisse Zahl von Indicien forderten, sondern auch die Natur des Vorganges bei der Urtheilsfällung auf Grund eines aktenmässigen Referates verlockten dazu, eine Beruhigung und ein Zeichen grosser Gründlichkeit darin zu erblicken, wenn eine recht grosse Zahl von Indicien aufgeführt werden konnte. Ein solcher Vorgang, der auch im heutigen Verfahren für den Verfasser der Anklageschrift etwas verlockendes haben mag, birgt aber die Gefahr einer dreifachen Beeinträchtigung rationeller Prüfung des Beweises in sich: der Wunsch, möglichst viel Indicien aufzählen zu können, beeinträchtigt die Strenge in der Prüfung der Stichhaltigkeit jedes einzelnen — er verlockt ferner dazu, denselben Umstand mehrfach in Anschlag zu bringen, ohne dass eine Berechtigung dafür vorhanden ist, — endlich aber wird man leicht auch hier geneigt, zu zählen, statt abzuwägen, während letzteres gerade hier viel wichtiger ist als irgendwo sonst[185].

b. Wichtiger als die Zahl ist die Beziehung der einzelnen Indicien zu ihrer Beweisgrundlage. Wenn jedes Indicium von anderen in dieser Hinsicht unabhängig ist, steigert dies die Verlässlichkeit des Beweisergebnisses; wenn jedoch umgekehrt ein Umstand erst Bedeutung erhält, sofern der andere als erwiesen angenommen werden kann, ist die Gefahr vorhanden, dass man, indem man letzteres irrig annimmt, in Bezug auf zwei Indicien in Irrthum geführt ist. (Beim Angeklagten ist vor der behaupteten Vergiftung ein Papier gesehen worden, von welchem angenommen wird, dass es das Gift enthielt; dieses Papier wird später in seinem Besitz leer gefunden; der letztere Umstand ist natürlich ein vollkommen irrelevanter, wenn das Papier kein Gift enthielt. Der Angeklagte ist um die Zeit der That in der Nähe des Thatortes gewesen; bei sehr knapper Ausnutzung der Zeit konnte er mit äusserster Anstrengung nach Verübung der That den Ort erreichen, an dem er später erschien, und es wird angenommen, dass er die äussersten Anstrengungen eben machte, um durch ein Alibi Verdacht von sich abzuwenden; täuscht man sich nun in Bezug auf eine der beiden Zeitberechnungen, so beruhen zwei sehr

---

[185] Bauer, Anzeigenbeweis S 160 ff.; insbesondere ist hier der Prozess wegen Ermordung des Kammerherrn von Qualen zu erwähnen, „worin der öffentliche Ankläger 178 Anschuldigungsanzeigen vorbrachte, welche aber, soweit sie erheblich waren, in der Relation auf 9 zurückgeführt wurden“. Bauer a. a. O. S 183 Anm 2. Vgl. noch Mittermaier in GA 1866 S 592. 593.



wichtige Indicien auf trüglicher Grundlage [136]. — Ein ähnliches Verhältniss tritt aber auch ein, wenn mehrere Indicien auf der Aussage desselben Zeugen beruhen; man hat sich davor zu hüten, in solchem Falle die Zahl der von denselben Personen bezeugten Indicien allzusehr zu beachten und sich durch sie bestimmen zu lassen, weniger misstrauisch zu sein, als man es gegenüber der directen Bezeugung des Beweissatzes selbst durch denselben Zeugen wäre [137]; in Gedanken muss man stets, ehe man sich dem beruhigenden Eindruck der grösseren Zahl der Indicien hingiebt, die Probe machen, indem man frägt, was noch übrig bleibt, wenn ein bestimmter Zeuge hinweggedacht wird?

c. Was nun die innerlichen Beziehungen der Indicien betrifft [138], d. h. die Art, wie sich die aus dem einen sich ergebende Folgerung zu der aus dem andern fliessenden verhält, so kann dieses Verhältniss ein gegensätzliches oder ein harmonisches sein. Im ersten Falle handelt es sich darum, ob der Gegensatz ein scheinbarer oder wirklicher ist, ob eine Erklärung gefunden werden kann, welche die beiden Thatsachen neben einander bestehen lässt, und ob diese Erklärung im vorliegenden Falle als zulässig erscheint, oder ob die Aufhebung des Gegensatzes dadurch herbeigeführt wird, dass der genaueren Prüfung der thatsächlichen Grundlagen der beiden Annahmen eine derselben nicht Stand zu halten vermag. Sehr häufig wird aber das Ergebniss kein so entscheidendes sein, es wird höchstens ein Uebergewicht von Wahrscheinlichkeitsgründen für die eine der beiden Annahmen sprechen, und dies muss natürlich die Sicherheit der auf letztere gestützten Folgerung beträchtlich vermindern. — Harmonirende oder zusammenstimmende Indicien unterstützen sich gegenseitig, indem sie mittelbar oder unmittelbar zu derselben Schlussfolgerung hindrängen [139], oder indem das eine

---

[136] Best erzählt § 202 p 285. 286, dass ein Schuhmacher eines Mordes angeklagt war; ein Hauptelement des Belastungsbeweises waren runde Flecke auf seinem ledernen Schurzfell, welche deutlich zeigten, dass kürzlich dort die Oberfläche des Leders weggenommen sei; man nahm an, dass sich dort Blutflecke befunden hätten. Es ward aber bewiesen, dass der Angeklagte jene runden Lederstückchen abgelöst hatte, um Nachbarn Pflaster zu machen.

[137] Beccaria c. 7 (Ausgabe Glaser, 2. Aufl. S 39).

[138] Globig, Theorie I 65 ff., II 75 ff. 88.

[139] Mittelbar müssen sich nothwendig alle Indicien, auf welche derselbe Beweissatz gestützt wird, unterstützen; unmittelbar unterstützen sie sich, wenn sie jedes für sich eine Folgerung begründen, aus welcher das Hauptfactum erst abgeleitet wird. Dabei kann wieder ein mehr oder weniger gleichartiger Denkprozess durchzumachen sein; je nachdem z. B. mehrere verschiedene Motive, mehrere

Indicium zugleich in der Annahme des Hauptfactum und in der eines anderen Indicium bestärkt[140]. Insofern die Indicien sich gegenseitig unmittelbar unterstützen, tritt hier das umgekehrte Verhältniss ein, wie oben bezüglich ihrer äusseren Beziehung aufeinander: es schwächt das Beweisresultat im ganzen, wenn Wahrheit und Beweiskraft zweier Indicien sich gegenseitig bedingen, sie können dann in gewissem Sinne nur für eines gelten; dagegen erhöht das Verhältniss, vermöge welches zwei Indicien, deren jedes für sich bestehen kann, sich noch gegenseitig bestärken, die Verlässlichkeit des Beweisresultats in umfassenderer Weise, als wenn zwei Indicien nur durch das gemeinsame Gesammtresultat untereinander zusammenhängen[141].

4. Nun erst, nachdem die Verlässlichkeit der aus jedem einzelnen Indicium für sich und in seinem Verhältniss zu den anderen sich ergebenden Folgerung sorgfältig festgestellt ist, tritt — dann, wenn die einzelnen Folgerungen nicht als nothwendige, sondern nur als mit Wahrscheinlichkeit zu ziehende sich darstellen — die Nothwendigkeit heran, das Gesammtergebniss zu überschauen und die für den Indicienbeweis entscheidende Probe aufzustellen: sich die Ueberzeugung zu verschaffen, dass die Thatsache, auf welche alle diese einzelnen Indicien hindeuten, hypothetisch angenommen, zu der Gesammtheit der bekannten Thatsachen des Falles in dem Verhältniss gegenseitiger

---

Vorbereitungshandlungen, mehrere Spuren der Anwesenheit am Thatorte zum Vorschein kommen, oder das verbrecherische Vorhaben sowohl aus Drohungen, welche der Thäter ausstiess, als aus Veranstaltungen für die That gefolgert wird.

[140] Bauer, Lehrbuch § 171: „indem das eine Indicium einen beim anderen obwaltenden Zweifel hebt oder eine in dessen Prämissen vorhandene Lücke ergänzt". Die Beschreibung z. B., welche mehrere Zeugen von dem muthmaasslichen Thäter, den sie sich entfernen sahen, geben, passt genau auf den Angeklagten, bis auf die Haarfarbe; nun wird aber beim Angeklagten eine Perrücke gefunden, welche dem Opfer des Verbrechens gehört hatte, und sie gestattet die Annahme, dass er sich derselben bedient habe, um sich unkenntlich zu machen; sie beseitigt die Zweifel, welche jene Zeugenaussagen übrig liessen und begründet daneben einen selbständigen Verdachtsgrund. — Der Mord ist an einem Orte und zu einer Zeit begangen worden, wo dort niemand den Getödteten vermuthen konnte, und eben dies erregt auch Zweifel daran, ob für den Angeklagten die Möglichkeit bestand, die That unter diesen Umständen zu begehen; nun findet sich ein Brief, mit welchem jener auf den Ort für diese Stunde bestellt wurde, und es zeigt sich, dass der Angeklagte die Absendung dieses Briefes veranlasst hatte; der Brief begründet hier den Nachweis einer Vorbereitungshandlung und die Aufklärung eines Zweifels, den das sonstige Beweismaterial übrig liess, — u. s. w.

[141] Vgl. namentlich Globig I 68 ff., der sich freilich dabei auf allzu bestimmte Behauptungen einlässt; z. B.: „Zwei harmonische Umstände machen gewöhnlich eine grössere Wahrscheinlichkeit, als eine Menge einfacher Umstände, welche mit einander nicht zusammenhängen".



Bestärkung, Erklärung und Ergänzung steht und dass dies bezüglich keiner anderen Hypothese, für deren Aufstellung die Ergebnisse des Beweisverfahrens irgend eine Handhabe bieten, auch nur annähernd in gleicher Weise der Fall ist. Dies ist dann nicht sowohl die Quelle der Ueberzeugung, die sich unter solchen Umständen thatsächlich eingestellt haben wird (sofern man sich nicht durch Anforderungen, die keine menschliche Veranstaltung befriedigen kann[142], abhalten

---

[142] Es ist dies die keineswegs dem Indicienbeweis eigenthümliche Frage nach dem Maass der als Grundlage richterlicher Urtheile ausreichenden Gewissheit. Diese kann niemals eine apodiktische sein; die abstracte Vorstellung von der Möglichkeit des Irrthums, von der Beschränktheit menschlicher Wahrheitserforschungsmittel muss immer, selbst bei dem scheinbar höchsten Grade der Gewissheit, übrig bleiben. Sehr treffend sagt daher ein sehr oft angeführter englischer Schriftsteller: In every intelligence which is not omniscient there is room for doubt on every subject, for such an intelligence can never assert, that if its present knowledge were increased its present belief would not be changed. (Stephen, General view ch. VII p 260.) Aber eben weil die „Ueberzeugung" selbst ein relativer Begriff ist, kann man sich nicht dabei beruhigen, rückhaltlos sie allein als Maassstab der gelungenen Beweisführung hinzustellen. Man kann sich den Satz Stephens nicht aneignen, „dass der Werth des Beweises durch den Geisteszustand, den er hervorruft, genau so gemessen wird, wie die Kraft durch das Gewicht, das sie hebt" (s. dagegen Wills p 192). Dagegen streitet schon die mit Recht im heutigen Prozess streng festgehaltene Untheilbarkeit des Beweisergebnisses, die Ausschliessung seiner Messung nach Bruchtheilen, im Sinne des schönen Wortes von Cujacius: Ut veritas, ita probatio scindi non potest. Quae non est plena veritas, est plena falsitas, non semiveritas. — Wenn man aber auch von der in jenem Satz angedeuteten Gradation absieht und mit Stephen l. c. p 263 nur sagt: „Gerichtlicher Beweis ist dasjenige, was, in Gemässheit gesetzlicher Zulassung vorgebracht, zwölf gehörig berufene Geschworene bestimmt, sich für überzeugt zu erklären", so bewegt man sich im Kreise, sofern „das Vorbringen mit gesetzlicher Zulassung" etwas bedeuten soll. Und Stephen muss anerkennen, dass ein Bedürfniss besteht, Regeln zu gewinnen, welche verbürgen, „dass niemand gestraft werden kann, dessen Schuld nicht durch einleuchtende, solide Gründe von solcher Art bewiesen ist, wie sie erfahrene Männer als Voraussetzung ihrer Entscheidung in wichtigen, sie selbst betreffenden Angelegenheiten fordern" (l. c. p 264). Also immer wieder muss man auf dieselbe Doppelforderung zurückkommen: Keine Verurtheilung, die sich auf Gründe stützt, die zwar rationellen Anforderungen entsprechen, aber nicht überzeugen; aber auch keine, die sich auf eine Ueberzeugung stützt, für welche nicht Gründe sprechen, die rationeller Prüfung Stand halten. Aber die Ueberspannung der Skepsis nach der einen oder der anderen Seite hin muss dahin führen, wohin jede Ueberspannung führt: zum entgegengesetzten Fehler. Die unleugbare Trüglichkeit und Fehlbarkeit aller zur Verfügung stehenden Beweismittel kann und darf nicht mit dem schlechten Trost abgefertigt werden, den Paley unschuldig verurtheilten reicht: „Wer durch ein vergriffenes Urtheil fällt, mag angesehen werden als einer, der fürs Vaterland fällt, denn er leidet unter der Wirksamkeit der Regeln, durch deren allgemeine Wirkung und Bestimmung das Wohl der Gesellschaft aufrecht erhalten wird", und welchen bei der Verhandlung eines Capitalfalles

lässt, sich ihr hinzugeben), sondern die logische, rationelle Rechtfertigung derselben. — Hält man sich an das Wesen der Dinge und nicht blos an Worte, so laufen alle Versuche, dasjenige Ergebniss der Beweisführung durch Indicien zu bezeichnen, welches volle Beruhigung zu gewähren geeignet ist, auf diese Hauptpunkte hinaus, die allerdings selbst wieder nur so formulirt werden können, dass sie zu einer gedankenlosen, mechanischen Prüfung keine Anhaltspunkte bieten. Natürlich tritt dabei oft bald das eine, bald das andere Element mehr in den Vordergrund, während gerade darauf das entscheidende Gewicht zu legen ist, dass beide Operationen, die Sichtung der einzelnen Indicien und die Erprobung des Gesammtergebnisses als gleich wichtig festgehalten werden.

So mögen denn diese Ausführungen mit einigen der zahlreichen Versuche solcher Formulirung geschlossen werden. So sagt Bauer[143]: „Wenn mehrere Anzeigen auf dieselbe Thatsache hinleiten und sich gegenseitig unterstützen, so erlangt jede derselben eine höhere Ueberzeugungskraft. Je inniger dann eine jede für sich mit der angezeigten Thatsache zusammenhängt, je mehr und verschiedenartigere Indicien auf die nämliche Thatsache schliessen lassen, je genauer sie sämmtlich ineinander eingreifen, desto mehr werden sie zur Annahme der Wahrheit der Thatsache nöthigen, indem mehrere Wahrscheinlichkeitsgründe auf dem Wege der logischen Combination und Induction, vermöge der auf Logik und Erfahrung gegründeten Regel, dass man in menschlichen Dingen das für gewiss annehmen müsse, dessen Gegentheil anzunehmen kein vernünftiger Grund vorhanden ist, als ein volle rechtliche Gewissheit gebender Beweis anzusehen sind".

---

ein berühmter amerikanischer Richter noch in die Worte fasste: „What then? Such convictions are accidents, which must be encountered; and the innocent victims of them have perished for the common good, as much as soldiers who have perished in battle". Zu ernster Vorsicht muss jede solche traurige Erfahrung mahnen, zu sorgfältiger Untersuchung und Vermeidung der dabei begangenen Fehler. Aber die abstracte Möglichkeit solcher Fehler darf nicht ausreichen, die vorhandene, wohlbegründete Ueberzeugung zum Schweigen zu bringen; die Frage muss vielmehr die sein, ob irgend fassliche Anhaltspunkte für die Annahme vorhanden seien, dass jene Möglichkeit sich in diesem Falle verwirklicht habe. Das ist das, was § 393 der preuss. CO einen denkbaren „bedeutenden Grund für das Gegentheil" nannte und englische Richter und Schriftsteller mit dem Wort „reasonable doubts" bezeichnen, oder wie es der englische Richter Parke, angeführt bei Wills l. c. p 194, definirt: „Der Zweifel darf nicht ein trivialer sein, wie ihn nur speculativer Scharfsinn anzuregen vermag, sondern ein gewissenhafter, wie er auf den Geist eines denkenden, mit den Geschäften des Lebens vertrauten Mannes zu wirken vermag". S. das. auch die Anführung eines ähnlichen richterlichen Ausspruches.

[143] Anzeigenbeweis S 130. 131.

Mittermaier stellt folgende Regel für den auf freier Beweiswürdigung beruhenden Strafprozess auf[144]: „Jeder Entscheidung, die auf dem Grund des Indicienbeweises gegeben werden soll, muss ein geistiger Prozess in der Seele des Urtheilenden vorangehen, bei welchem dieser, nicht zufrieden mit blosser Wahrscheinlichkeit, die gegen den Angeklagten geltend gemachten Thatsachen und Schlüsse mit allen möglichen mehr oder minder als wahrscheinlich nachgewiesenen Erklärungen für die Unschuld vergleicht, die vorliegenden Ueberbleibsel und Spuren der That prüft, die durch Erfahrung gelieferten Regeln der Erkenntniss anwendet, den Fall sich geistig reconstruirt und nun zum Schlusse kommt, was er nach sorgfältiger Prüfung der Zweifel als wahr annehmen darf".

Englische Richter geben sehr oft den Geschworenen eine im wesentlichen mit der folgenden übereinstimmende Anweisung: „In Fällen, wo niemand die That sah und ein Angeklagter derselben überführt werden soll, müssen alle Umstände mit der Voraussetzung seiner Schuld sich vertragen können; allein das genügt nicht; es muss mindestens ein Umstand vorhanden sein, welcher mit jeder irgend denkbaren Theorie von der Unschuld des Angeklagten unvereinbar ist. Diese Regel wiederhole er heute der Jury; nur wenn solche Umstände vorhanden sind, welche keine vernünftige Annahme der Unschuld des

---

[144] GA 1858 S 149. In einer späteren Arbeit sagt er: „Eine gerechte Beurtheilung der Beweiskraft des Indicienbeweises ist nur möglich, wenn bei jedem Indicium jeder einen Zweifel gegen die Annahme der Schuld begründende Nebenumstand und die Möglichkeit einer anderen Erklärung der Thatsache als aus der Schuld des Angeklagten, genau geprüft wird, und, wenn die ganze Masse der Indicien vorliegt, gewissenhaft geprüft wird, ob in der ganzen Kette der Schlussfolgerungen nicht ein Glied mangelt, oder gegen seine Annahme erhebliche Zweifel vorliegen. Dass in dieser Beziehung in der Rechtsübung oft grosse Fehler vorkommen, soll unten näher gezeigt werden. Am wichtigsten ist die Art der geistigen Operation, welche das Endergebniss bestimmt, ob der urtheilende Richter zur Ueberzeugung von der Schuld des Angeklagten gelangen kann. Wenn die Erfahrung lehrt, dass unter der Herrschaft der früheren gesetzlichen Beweistheorie die Staatsrichter nicht selten durch einen gewissen vom Gesetz selbst begünstigten Formalismus und durch Collegialpräjudicien sich bestimmen liessen und bei einer grossen Zahl von Indicien die Schuld des Angeklagten annahmen, ohne genaue Erwägung jedes einzelnen Indiciums, ist durch die neue Ansicht, welche nur innere Ueberzeugung fordert, die Sitte bemerkbar, dass Geschworene oft durch den sogenannten Totaleindruck sich bestimmen lassen, welcher um so trüglicher ist, da oft ein einziges Indicium, dessen Gewicht durch einen gewandten Staatsanwalt gepriesen wird, einen so mächtigen Eindruck auf die Mehrheit der Geschworenen macht, dass sie ohne weitere verständige Prüfung jedes einzelnen Indiciums zu dem Wahrspruche der Schuld gelangen".



Angeklagten aufkommen lassen, sollten die Geschworenen schuldig sprechen" [145].

Am vollständigsten spricht sich Wills aus [146], indem er folgende Regel aufstellt: „Um die Verurtheilung zu rechtfertigen, müssen die Anschuldigungsthatsachen unvereinbar sein mit der Unschuld des Angeklagten, und es muss unmöglich sein, sie durch irgend eine andere, vernünftigerweise aufzustellende (reasonable) Hypothese, als durch die seiner Schuld, zu erklären. Dies ist die Fundamentalregel, das experimentum crucis, wodurch die Erheblichkeit und Wirkung des Indicienbeweises bemessen wird. Die Strafzufügung kann nur gerechtfertigt werden durch eine moralischer Gewissheit gleichkommende Stärke unserer Ueberzeugungen. In Fällen des directen Beweises ergiebt sich dieser Grad der Sicherheit unmittelbar und mit Nothwendigkeit [147]; bei Abschätzung der Wirkung des Indicienbeweises muss aber noch ein weiterer psychischer Prozess hinzutreten, der ein wesentliches Element der moralischen Gewissheit ausmacht. Der wichtigste Theil des inductiven Prozesses, besonders bei Untersuchung moralischer Erscheinungen, ist die richtige Anwendung der Urtheilskraft bei Schlüssen vom bekannten auf das unbekannte, von den bewiesenen Thatsachen auf das factum probandum. Es ist eine Anzahl von Thatsachen gegeben, welche den Verdacht der Schuld erregen (facts of an inculpatory moral aspect), und es handelt sich darum, ihre Quelle zu entdecken, nicht durch willkürliche Annahme (assumption) [148], sondern durch Anwendung der Erfahrungssätze, welche auf den unveränderlichen Gesetzen der menschlichen Natur . . . beruhen. Es genügt aber nicht, dass eine bestimmte Hypothese alle Erscheinungen erklärt; nichts darf blos deshalb angenommen werden, weil es die Thatsachen erklären würde; lassen diese vielmehr noch irgend eine andere vernünftigerweise aufzustellende Hypothese zu, so ist klar, dass ihre wahre moralische Ursache nicht festgestellt ist,

---

[145] Glaser, Anklage u. s. w. S 341. 342.

[146] Ch. 6 p 188 ss.

[147] Dies ist wohl nicht richtig; es giebt keine directen Beweise, die ungeprüft und daher nothwendig und unmittelbar Sicherheit gewähren.

[148] Ueber das Verhältniss des Sprachgebrauchs zu den Ausdrücken assumption und presumption vgl. z. B. folgende Stelle einer Depesche Cannings, welche auch dem Wesen der Vermuthung in dem oben S 41 ff. dargelegten Sinne genau entspricht: We have been acting on the contrary presumption; for we assume nothing, but simply acquiesce in what is the apparent state of things (Freiheit Ferdinands VII. in Cadix vor dem Sturz der constitutionellen Regierung). Stapleton, Geo. Canning and his times. London 1859. p 391.



sondern ungewiss bleibt . . . Jede andere räsonnable Supposition, durch welche die Thatsachen mit der Hypothese der Unschuld in Einklang gebracht werden können, muss daher sorgfältig geprüft und eliminirt sein, und erst wenn keine andere Supposition als vernünftige Erklärung aller Umstände des Falles angesehen werden kann, kann die Folgerung auf die Schuld des Angeklagten als gerechtfertigt angesehen werden“ [149].

---

[149] Die Einwendungen, welche — in überaus scharfsinniger Weise — Stephen gegen diese Theorie vorbringt (General view ch. VII p 266 ss.), beruhen auf der Verkennung des oben am Schluss der Anm 142 hervorgehobenen Gesichtspunktes; so sagt er an der Hauptstelle (p 271) in Bezug auf den Ausdruck reasonable hypothesis: „If for »reasonable«, »possible« were substituted, this rule would have a distinct meaning. It would mean that the jury ought to assume the existence of any possible state of facts, by which the hypothesis of the prisoners innocence may be reconciled with the evidence. If it does not mean this, it can have no meaning short of the one which I have already assigned to the phrase, »reasonable doubt«; that is, that the jury are to fill up some gaps by conjecture, an unpleasant, but I believe a true conclusion“.

D.

Zur Geschichte und Kritik der directen Beweise.

Erste Abtheilung.

Zeugenbeweis.

§ 1. Geschichtliche Entwickelung des Zeugenbeweises.

I. Dass die Wahrheit über einen der Vergangenheit angehörigen Vorfall am besten und sichersten durch Befragung derjenigen offenbar werde, welche denselben selbst wahrnahmen und keinen Grund haben, die Wahrheit zu verschweigen oder zu verleugnen, das ist so naturgemäss, dass nicht die Geltung und Verbreitung des Zeugenbeweises, sondern nur das einer Erklärung bedarf, wie es gekommen sein mag, dass in den germanischen Rechten des Mittelalters davon abgewichen wurde. Diese Erklärung liegt in dem an anderer Stelle dargelegten Grundcharakter jenes Rechtes. Auf ihm beruht die Zurückdrängung des Zeugenbeweises und seine Verdrängung durch die Eidhilfe, welche trotz aller Schwankungen der Rechtsgewohnheiten und der Meinungen der Schriftsteller[1] mit Beruhigung behauptet werden kann.

[1] Vgl. die Literaturangaben S 1 Anm 1; speciell Planck, Gerichtsverfahren II 45 ff. Kries, Beweis im Strafprozess, namentlich S 1—24. 58. 98. 199. Siegel, Gerichtsverfahren I 176 ff. 194 ff. Walter, Deutsche Rechtsgeschichte §§ 620—622. Sachsse, Beweisverfahren §§ 1—13. 24. 26. Homeyer, Das sächsische Landrecht S 504—507 sub verbo „Zeuge“. K. Maurer in der KrÜ V 185—213. Zorn, Das Beweisverfahren nach langobardischem Recht. München

Den Schwerpunkt des altdeutschen Beweisrechtes bildet das Recht der Partei (und in erster Linie das des Beklagten), durch den eigenen Eid die Rechtssache einer ihr günstigen Entscheidung zuzuführen, und wo das allein nicht ausreichen kann, durch Eidhelfer sich dieselbe zu sichern. Hierin liegt das Bindeglied zwischen dem formellen germanischen und dem natürlichen Beweisrecht und die Anknüpfung an den Zeugenbeweis, die sich schon im Worte vielfach findet. Für unseren Zweck genügt, um die Grundform zu skizziren, die Anführung dessen, was Planck über Inhalt[2] und Form des Eides mit Zeugen sagt: „Der Inhalt des Parteieneides mit Zeugen ist kein anderer, als der des Parteieneides überhaupt. Beschworen wird die von der Partei aufgestellte, rechtlich formulirte Behauptung; das besondere ist nur, dass nicht die Partei allein sie beschwört, sondern ausser ihr, sei es nachher oder vorher, auch eine Anzahl hinzutretender zuverlässiger Personen. Auch deren Schwur ist daher immer ein Urtheil, nicht die Aussage über ihnen bekannte Thatsachen. Weil aber das Urtheil, wie bei der Partei selbst, so beim Zeugen, sich stützt auf die Anwendung richtiger Rechtssätze auf wahre Thatsachen, so ist auch der Schwur des Zeugen zugleich die Versicherung, einerseits nur richtige Rechtssätze angewandt, andererseits nur wahre Thatsachen in Betracht gezogen zu haben. Freilich einen sicheren Einblick in diese Grundlagen des Urtheils erhält das Gericht nicht". „Zugleich aber ist ersichtlich, dass in den Fällen, wo ein Eid mit Gehilfen verlangt wird, bei Feststellung der Thatfrage, um einen modernen Ausdruck zu gebrauchen, der Sache nach die Partei zwar nicht dem Urtheil des Gerichts, aber dem Urtheil einer gesetzlich bestimmten Zahl, häufig besonders geeigenschafteter Genossen unterworfen wird, wobei freilich die Art und Weise, wie diese zu einem der Partei günstigen Urtheil gelangen, keinen Theil des gerichtlichen Verfahrens selbst ausmacht, sondern sich aussergerichtlich vollzieht. Ob mit Hilfe der Partei, der daran liegt, etwa durch Mittheilung und Vorlage der erforderlichen Nachrichten und Materialien, das bleibt im Verfahren selbst unerkennbar". Und was die Form des Eides betrifft, so „scheint mir", sagt Planck[3], „auch was die Form des Zeugeneides anbetrifft, ein scharfer Gegensatz zwischen sog. Eidhelfern und sog.

1872. § 10. Tomaschek, Deutsches Recht in Oesterreich im 13. Jahrhundert. Wien 1859. S 147 ff.

[2] Gerichtsverfahren II 76. 77. 78.

[3] A. a. O. S 91. 92.

13*

eigentlichen Zeugen nicht gerechtfertigt. Unbestritten und unbestreitbar ist, dass es verschiedene Formen des Schwures der Gehilfen giebt, eine uralte, so ziemlich in derselben Fassung stets wiederkehrende, die sich darauf beschränkt, den Eid der Partei als rein und nicht mein zu bestätigen, und eine zweite, davon mehr oder weniger abweichende, verschiedenartig gestaltete, die darauf ausgeht, das eigne Wissen des Mitschwörers von der beschworenen Parteibehauptung (nicht »Thatsache«) mit zum Ausdruck zu bringen. Gewiss ist ferner, dass die letztere Form eine entschieden werthvollere Verstärkung des Parteieneides enthält, da bei ersterer eigenes Wissen zwar auch die Grundlage sein kann, aber nicht muss. Gewiss ist nicht minder, dass man sich dieses grösseren Werthes der letzteren Form vor der ersteren sehr wohl bewusst war, dass man . . . mit Rücksicht auf diesen grössern Werth gelegentlich andere Garantien der Verstärkung, namentlich in der grössern Zahl der Mitschwörer, entbehren zu können glaubte. Endlich ist unbestreitbar, dass in der Anwendung die letztere Form immer mehr an Gebiet gewinnt, die erstere immer mehr abstirbt, und zwar so, dass entweder Mitschwörer jener Form an die Stelle treten, meist mit geminderter Zahl, oder die Mitschwörer ganz wegfallen und der Eineid der Partei für genügend erklärt wird. Die persönlichen Erfordernisse der Mitschwörer sind in der Grundlage überall dieselben: zeugnissfähig ist der an seinem Recht vollkommene Genosse. Die rechtliche Behandlung ist überall dieselbe: die Frage ist stets nur, ob der Gehilfe in der vom Recht verlangten Form schwören will und kann und geschworen hat; nicht welchen Werth das beschworene für die Erlangung einer Ueberzeugung von der Richtigkeit der Parteibehauptung hat".

Nichts charakterisirt übrigens die Eigenthümlichkeit der Eideshilfe besser als die „Ersetzbarkeit der Gegenzeugen durch wiederholt von der Partei zu schwörende Eide" [4]. Das unbefriedigende und unverlässliche solcher Beweismethoden musste zu allen Zeiten auffallen; der eigentliche Zeugenbeweis brach sich daher schon früh und natürlich genug zumeist da Bahn, wo die Berührungen mit romanischen Völkern sehr häufige waren [5]. Aber viel wichtiger waren die ver-

---

[4] Kries S 21—23.

[5] S. namentlich Brunner, Zeugen- und Inquisitionsbeweis der karolingischen Zeit. Wien 1866. Für unsere Darstellung ist die Unterscheidung dieser beiden Formen des Zeugenbeweises, so wichtig sie sonst ist, um so weniger zu berücksichtigen, weil, wie Brunner a. a. O. sagt, in Criminalsachen der Inquisitionsbeweis ebenso wenig statthaft war, wie der Zeugenbeweis. (Ich benutze



schiedenen Bestimmungen über die Beschränkung in der Wahl der Eidhelfer, welche darauf abzielten, Vorsorge dafür zu treffen, dass diese nicht nur an sich verlässliche und vertrauenswürdige Leute seien, sondern auch dass sie der Beweisthatsache nahe genug stehen, um von derselben Kenntniss haben zu können, oder dass es doch wenigstens nicht wohl möglich sei, dass ihnen das Gegentheil der von ihnen zu bestätigenden Behauptung völlig hätte entgehen können[6]. Daran schliessen sich dann allerhand Begünstigungen namentlich hinsichtlich der Zahl der Eidhelfer, wenn diese Thatsachen aus eigener Wahrnehmung bestätigen können[7]. Noch bestimmter macht sich aber die Macht des natürlichen Beweisrechts in den verschiedenen Formen des Richtens auf handhafte That geltend, bei welchen durch die Schreimannen und ähnliche zur Ueberführung des Angeklagten (oder, analog bei der Nothwehr, zu der des Anklägers) beitragende Personen Thatsachen bestätigt wurden, die sie selbst wahrgenommen, und die allerdings nur Inzichten der Schuld begründen oder selbst nur wahrscheinlich machen, aber die Wirkung hatten, das Recht zum Beweise der Unschuld dem Angeklagten zu verlegen[8].

Es fehlt somit nicht an Anknüpfungspunkten, welche zum natürlichen Beweisrecht und damit zum reinen Zeugenbeweis hätten hinüberlenken können; allein die Verhältnisse waren diesem Uebergange nicht günstig. Das spätere Mittelalter mit seiner erhöhten Gewaltthätigkeit steigerte wohl das Sicherheitsbedürfniss der ruhigen, rechtlichen Menschen, nicht aber ihre Geneigtheit, sich selbst dem Mund jedes Zeugen und der schwankenden Beurtheilung des Richters anheim zu stellen; man suchte seine Zuflucht vielmehr in Vorgängen, welche den übel beleumundeten und wohl auch den Fremden, Freund-

---

diese Gelegenheit, um aus einer in Hormayrs Beiträgen zur Geschichte von Tyrol B II Nr II mit der Ueberschrift: „Audibertus abbas S. Mariae agit contra quosdam monasterii sui homines servos se ejusdem esse abnegantes" abgedruckten Urkunde d. d. Trident. 26. Febr. 844 folgende merkwürdige Stelle anzuführen: Imprimis interrogavimus . . . si (h)abesset paratos ipsos testes . . . . Sic nos judices ipsos testes unum ab alio separari fecimus et minutius atque diligenter inquisivimus.)

[6] S. namentlich Planck a. a. O. S 47 ff.; Kries S 14 ff.

[7] Ein Beispiel einer ganz eigenthümlichen „Combination von Zeugen und Eidhelfern" (Kries S 123) bietet Art. 68 u. 69 des Iglauer Stadtrechts (Tomaschek S 262 ff.): ... Accusatus primo jurabit, se esse innocentem, alii tres jurabunt, se vidisse innocenciam suam, ultimi tres jurabunt alios illos quatuor juste jurasse. Similiter jurabunt, qui vitam suam defendendo aliquem occidunt.

[8] Kries S 34 ff. 98. 128. 130 ff.

und Schutzlosen einem bedenklichen summarischen Verfahren aussetzten, dem Angesessenen dagegen die doppelte Sicherheit gegen die Gewaltthat anderer und für manche Gewaltthat gegen minder glücklich gestellte gewährten; man beschränkte den Kreis derer, aus denen die Eidhelfer zu gewinnen waren, in einer die Einheimischen begünstigenden Weise, man erleichterte durch grobe Fictionen[9] die Ueberführung auf handhafte That, man liess sich Privilegien zu tumultuarischer Aburtheilung „schädlicher Leute“ auf Grund ihres schlechten Leumundes ertheilen[10].

Alle diese Mittel, an sich oft verwerflich, versagten übrigens vollständig, und so war es unvermeidlich, dass mit dem Wiederaufleben des römischen Rechtes, mit der Erweiterung des Machtkreises des kanonischen das darin enthaltene natürliche Beweisrecht und dessen Mittelpunkt, der Zeugenbeweis, sich Bahn brachen.

II. Auf dem Höhepunkt der Entwickelung des römischen Criminalprozesses[11] nimmt unter den drei Beweismitteln (testes, tabulae, quaestiones) der Zeugenbeweis thatsächlich den ersten Rang ein. Das Hauptgewicht wird auf die mündliche Aussage vor den Urtheilern, nach vorausgegangner eidlicher Verpflichtung zur Angabe der Wahrheit, auf die unmittelbare Befragung der Zeugen zuerst durch den Beweisführer und dann durch dessen Gegner, unter passiver Haltung des Gerichtes, gelegt. Schriftliche Zeugnisse mochten in die Parteireden verflochten werden, ein besonderer Werth wird ihnen nicht beigelegt. Dem Angeklagten gegenüber war die gänzliche Ausschliessung derselben aber um so weniger möglich, weil dieser kein Recht hatte, seine Zeugen zum Erscheinen zu zwingen; dieses Recht ward nur dem Ankläger als dem Vertreter des öffentlichen

---

[9] Kries a. a. O. S 173 und die daselbst angeführte Stelle aus dem Freiberger Stadtrecht: Der man mac den rouber ufhalden und brengen zu im eine unschuldige habe... Daz sal he also zu im bringen daz iz der richter noch kein gesworn man gewar werde u. s. w.

[10] S. bei Kries, dessen Werk seinem Hauptinhalte nach der Darstellung dieser Veränderungen im Beweisrecht gewidmet ist, S 238 ff. S. auch Wächter, Beiträge S 264.

[11] Geib S 140—143. 333 ff. 622 ff. Invernizi, De publicis et criminalibus judiciis Romanorum. Romae 1787. Neuer Abdruck Leipzig 1846. l. II cap. VIII p 115—121. Escher, De testium ratione, quae Romae Ciceronis aetate obtinuit. Turici 1842. Rudorff, Röm. Rechtsgeschichte II 444. 445. Zumpt, Die Schwurgerichte II 1 S 148 ff. 413. Hélie, Instruction § 17, vol. I p 83 sq.; § 342 I. 353 III, vol. V, p 408. 535 sq. 2. éd. Nr 47. 48. 1764. 1830. Borsani e Casorati § 715 II, p 376. 377.

Interesse eingeräumt, und wenn einzelne, für bestimmte Delictsformen erlassene Gesetze dieses Recht durch Einschränkung auf eine bestimmte Zahl begrenzten, was übrigens nur im Interesse der bürgerlichen Freiheit, nicht zur Sicherung des Strafprozesses vor maassloser Weitläufigkeit geschah, so waren die Zahlen stets bedeutend, und das Gericht sorgte nicht von Amts wegen für die Einhaltung der Grenze. — Naturgemäss ist es, dass man sachliche Garantien gegen Irreführung durch Zeugen suchte, um so mehr, weil nach dem ganzen Ursprung der römischen Criminalgerichtsbarkeit das Urtheilen im Strafprozess als Ausübung eines Theiles der souveränen Gewalt erschien, wobei der Willkür, der Werthschätzung der Personen und ihrer Beziehungen und dem Gegentheil davon ein sehr weiter Spielraum mit einer gewissen Naivetät eingeräumt, die Pflicht, sich streng an die Wahrheit der Thatsache und an das Gesetz zu halten, nicht als das allein entscheidende angesehen wurde. Die Folge davon war zunächst, dass die persönlichen Verhältnisse des Angeklagten und Anklägers, alles, was sie gehässig oder beliebt machen konnte, in jeder Weise hervorgezogen wurden, ja dass eigene Leumundszeugen (die für den Angeklagten erscheinenden wurden laudatores genannt, und auf Seiten des Anklägers erschienen mitunter sogar Städte, Corporationen mit durch besondere Abordnungen überreichten schriftlichen Erklärungen, testimonia publica) auf die Stimmung der Richter einzuwirken suchten. Unter diesen Umständen war auf eine objective Sichtung der Aussage, namentlich auf Verschliessung des Mundes der Zeugen über das nicht unmittelbar wahrgenommene, keineswegs zu rechnen. Um so wichtiger wurde die Verlässlichkeit und Glaubwürdigkeit der Zeugen selbst und die Fernhaltung derjenigen, welchen kein Vertrauen geschenkt werden konnte, sowie die Warnung vor rückhaltloser Hinnahme der Aussagen bedenklicher Zeugen; dies führte zur Aufstellung der Kategorien der vom Zeugniss ausgeschlossenen und der verdächtigen Zeugen, Kategorien, die in den Quellen keineswegs mit der wünschenswerthen Bestimmtheit von einander gesondert sind, manchmal auch den Zweifel lassen, ob die Ausschliessung nur zum Nachtheil des Anklägers oder auch des Angeklagten ausgesprochen ist, ob es sich um eine unbedingte Ausschliessung oder um das Recht des Zeugen, die Aussage zu verweigern, handelt[12]. Die Mannichfaltigkeit der hierauf Bezug habenden Mittheilungen wird noch gesteigert durch den Umstand, dass manches nur für einzelne Delicte gilt, durch den tiefgreifenden Unterschied in

[12] S. namentlich Geib S 140. 141. 335—337. 625 ff. 627 ff.

der Behandlung von Freien und Sklaven und durch zahlreiche Veränderungen, welche im Laufe der Zeiten, namentlich durch die principielle Umgestaltung des Strafprozesses, herbeigeführt wurden. Diese Umgestaltung nahm die doppelte Richtung, dass in der Kaiserzeit die richterliche Gewalt nur mehr als eine vom Kaiser übertragene Macht, nicht als die Vollmacht zum Schalten nach persönlichem Belieben angesehen wurde, und dass andererseits die accusatorischen Formen mehr und mehr in inquisitorische übergingen und eben dadurch das Beweisrecht für beide Theile sich mehr gleichmässig gestaltete. Dies äusserte sich namentlich darin, dass bezüglich der Belastungszeugen die Stellung des Anklägers eine minder entscheidende wurde[13], dass auch für die Beschaffung von Entlastungszeugen Sorge getragen ward und dass das Verhör mehr in die Hände des Richters überging, ohne dass lebhafte Mitwirkung der Parteien ausgeschlossen wurde. Das amtliche Streben nach Wahrheit und Vermeidung gänzlichen Verlustes von Beweismitteln führte dahin, dass leichter schriftliche amtliche Aufzeichnungen über Verhöre, welche nicht unmittelbar vor dem erkennenden Gericht stattfanden, zugelassen wurden; dazu trug übrigens der Wunsch, hervorragenden Personen (zumal den Bischöfen) das Erscheinen vor Gericht zu ersparen, und die durch Einführung von Rechtsmitteln gesteigerte Bedeutung der Protokolle ebenfalls bei. Nach wie vor aber ist die volle Freiheit vernünftiger Beurtheilung des Ergebnisses der Zeugenaussagen durch den Richter das Lebenselement des ganzen Prozesses, und mit Recht ist die Uebereinstimmung der verschiedenen Epochen hierin durch die Gegenüberstellung eines Wortes Ciceros[14] und einer Digestenstelle charakterisirt worden. Wenn es in letzterer (l 21 § 3 D de testibus 22. 5) neben der charakteristischen Voranstellung der subjectiven Ueberzeugung (Confirmabit judex motum animi sui ex argumentis et testimoniis . .) heisst: Non ad multitudinem respici oportet, sed ad sinceram testimoniorum fidem et testimonia, quibus potius lux veritatis assistit, so ist damit doch auch der Punkt bezeichnet, wo später eine folgenschwere

[13] Geib S 630. Die diesem eine andere Meinung beimessende polemische Bemerkung von Zachariä II 183 Anm 7 beruht darauf, dass Zachariä nicht beachtet, wie Geib bei der Auslegung der l 1 § 2 D de testib. 22. 5 (S 340 Anm 295) davon ausgeht, das Gericht habe bei Beschränkung der Zahl der Zeugen sich nur von der Rücksicht auf Vermeiden unnöthiger Belästigung der letzteren leiten zu lassen.

[14] Potest igitur testibus judex non credere? Cupidis et iratis et conjuratis et ab religione remotis, non solum potest, sed etiam debet. Pro Fontejo c. 9.



Einschränkung der richterlichen Beurtheilung eintrat, insofern die Aussage eines Zeugen für unausreichend erklärt ward. Diese Bestimmung und das schon gekennzeichnete bunte Material für die Sonderung der Zeugen nach Classenverhältnissen, welche weiter unten noch im einzelnen beleuchtet werden, gaben dem spätesten römischen Prozess jenen zweideutigen Charakter, der ebensowohl eine Entwickelung nach der Richtung der freien Beweiswürdigung als nach der Schaffung eines stricten formellen Beweisrechtes ermöglichte. Denn schon an und für sich litt das römische Beweisrecht, wie Filangieri[15] bemerkt, „an der Uebertreibung zweier äusserster Gegensätze: einem Uebermaass von Rücksicht (delicatezza) auf der einen und einem Uebermaass von Grausamkeit auf der anderen Seite“. Das erstere findet Filangieri in den zahlreichen Ausschliessungen von Zeugen, das andere in dem Einfluss der Tortur auf den Zeugenbeweis. Und schon hier erwies sich die Tortur als der Keil, welcher die um den Angeklagten her künstlich aufgeführten Schutzwände auseinandertrieb.

Nicht minder geht durch den Strafprozess des kanonischen Rechtes[16] die im römischen Recht nachgewiesene Duplicität; sie wird gesteigert durch die principielle Ausbildung des Inquisitionsprincips bei Festhaltung vielfacher accusatorischer Aeusserlichkeiten. Schon hier tritt nämlich der für die Folgezeit so einflussreiche Gegensatz zwischen Vernehmung zur Information und Anerkennung als Zeuge, zwischen Nachforschung und Beweisrecht hervor. Mit Recht bemerkt Gross, „dass in Gemässheit des Untersuchungsprincipes der Richter im inquisitorischen Strafverfahren ohne weiteres auch zur Vernehmung solcher Personen schreiten kann, welche nach dem Gesetze zur Zeugenaussage unfähig sind, da darin eines der dem Inquisitionsrichter überhaupt zu Gebote stehenden allgemeinen Mittel zur Nachforschung liegt und da, wo — wie im kanon. Rechte — der Indicienbeweis besteht, selbst für den Beweis daraus Anhaltspunkte (indicia, praesumtiones) gewonnen werden können. Die Bestimmungen über den Zeugenbeweis können darauf jedoch naturgemäss keine Anwendung haben. Wegen blosser Verdachtsgründe kann die Zulassung des Zeugen, bei welchem solche obwalten, eigentlich gar nicht in Frage kommen; denn wenn durch dieselben die Beweiskraft der Aussage

---

[15] L. III part. I c. 9 p 314.

[16] K. Gross, Die Beweistheorie im kanonischen Prozess II 5—28. 130—182. 291 ff. Vargha, Die Vertheidigung S 79.

nicht ausgeschlossen, sondern nur geschwächt oder verringert wird, so ist ja die Zulassung derselben zur gerichtlichen Vernehmung im Civil- und im Strafprozesse unter allen Umständen gerade nothwendig, um eben beurtheilen zu können, wieweit der Grund wirke, wieweit nicht. Dies scheint nun aber gerade im kanon. Rechte zweifelhaft gemacht durch ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen, in welchen z. B. erklärt wird: . . . »testimonium ejus videtur esse suspectum et ideo non esse aliquatenus admittendum« (c. 22 X de test. et att. 2. 20) oder »accusatores vel testes suspecti non recipiantur« (c. 12 C III q. 5) oder »nec contra ipsos aliquos audias, nisi probatae essent vitae et opinionis, de quibus verisimile non esset, quod deberent pro aliquo dejerare« (c. 24. in f. X h. t. 2. 20); danach scheint doch jeder wie immer verdächtige Zeuge selbst von der gerichtlichen Vernehmung ganz und gar ausgeschlossen. Allein was schon Bayer . . . . bezüglich der diesfälligen Stellen des römischen Rechts nachgewiesen hat, gilt auch vollständig von den citirten Bestimmungen des kanonischen Rechts; die da gebrauchten Ausdrücke sind nicht so strenge zu nehmen. Das »admittere« und »recipere« ist durchaus nicht auf die Zulassung zur gerichtlichen Vernehmung zu beschränken, sondern auch auf die Anerkennung der vollen Beweiskraft des Zeugnisses, auf »die Zulassung der Aussage als vollgiltiges Zeugniss« zu beziehen".

III. Aus diesen Elementen entstand das Beweisrecht jenes Strafprozessrechtes, das die Glossatoren und nach ihnen die sog. italienischen Praktiker entwickelten und das sich auf dem Continent, namentlich in Deutschland und Frankreich, rasch ausbreitete und seine gesetzliche Anerkennung in der Carolina gefunden hat. Im Hauptpunkt, in welchem zwischen dem Beweisprincip des römischen und des germanischen Rechtes der unlösbare Widerspruch bestand, steht es auf dem Boden des ersteren. Aber natürlich ist es, dass es diejenigen Seiten desselben vorzugsweise entwickelt, welche gestatteten, den Befürchtungen und Anschauungen Rechnung zu tragen, aus denen das letztere entsprungen war, dessen Vorzüge gewissermaassen mit herüberzunehmen. Der Zug der Dinge musste also dahin gehen, der individuellen Beurtheilung des Richters möglichst wenig Spielraum zu lassen, äussere Merkmale aufzustellen, welche gestatten, womöglich noch ehe der Zeuge gehört ist, darüber zu entscheiden, ob durch diese Aussage ein rechtlich haltbarer Beweis hergestellt werden könne. Verstärkt musste diese Tendenz noch werden durch das gleichzeitig sich Bahn brechende Princip der Schriftlichkeit, der Urtheilsfällung

auf Grund schriftlich niedergelegter Aussagen und das damit zusammenhängende System der Aktenversendung; denn wenn auch eine freie Würdigung selbst einer nur schriftlich vorliegenden Aussage nicht undenkbar ist, fordert sie doch diese nicht unwiderstehlich heraus. Einen Richter, der nur Protokolle liest, kann man an Regeln binden, bei einem, der den Zeugen selbst hört und sieht, werden sie sich stets machtlos erweisen. Aehnliches gilt von der im inquisitorischen Prozess immer mehr in den Hintergrund gedrängten Mitwirkung der Parteien bei der Beweisaufnahme. Hier ist juristische Regelung und Classification das einzige, was übrig bleibt, und daran liessen es denn die Schriftsteller, welche die Epochen unmittelbar vor und nach der Entstehung der Carolina beherrschten, auch nicht fehlen. Allein in dem Beweissystem, das so gegründet wurde, kehren die früher betonten Gegensätze in auffallender Steigerung wieder. Prozessprincip und Beweissystem der Carolina beruhen eigentlich darauf, dass zwischen Regel und Ausnahme die Herrschaft auf dem Papier und im Leben auf ganz ungleiche Weise vertheilt ist. So wie auf dem Papier des Gesetzes ein Anklageprozess die Regel bildet, welcher zwischen Ankläger und Angeklagtem die Wage so gleich hält, dass ersterer auch die Untersuchungshaft über sich ergehen lassen muss, während im Leben die scheinbare Ausnahme des Inquisitionsprozesses um so gewisser die Oberhand gewinnt, je mehr die Stellung des Anklägers erschwert ist: ebenso sehen wir die Vorsichtsmaassregeln des Beweisrechtes immer höher sich thürmen. Vom Indicienbeweis als Grundlage der Verurtheilung darf keine Rede sein. Der Zeugenbeweis ist ganz unter die Obhut der juristischen Regel gestellt. Umfassende Ausschliessungen auf der einen Seite, auf der anderen — gestützt auf vollkommen irrthümliche Auslegung eines Bibelwortes wie der älteren römischen Rechtsquellen, allerdings auch eines späteren bestimmteren Ausspruches eines Kaisers — das unbedingte Verbot der Berücksichtigung einer vereinzelten Zeugenaussage: damit aber auch schon der Ansatz für die Unterwerfung auch der Beurtheilung des Ergebnisses der Beweisführung unter juristische Regeln, für die Aufstellung der quellenwidrigen Fictionen einer positiven Beweistheorie und für die Zerlegung des erbrachten Beweises in Bruchtheile. Aber da dem so gewonnenen Ideal einer Beweisführung das Leben selten nahe kommt, muss die Folter und das durch sie zu erzwingende Geständniss die Lücke füllen. Und so wie der eben im Interesse des Angeklagten ausgeschlossene Indicienbeweis auf diesem Umwege eine furchtbare Anwendbarkeit erlangt, ebenso geht es mit den so streng

gesichteten Zeugnissen: was als Zeugniss unzulässig ist, wird als Beweisergänzung, als einem Verdachtsgrund gleichstehende unvollständige Beweisart, als Mittel zur Erlangung von Auskünften wieder eingeführt.

So steht das Recht des Zeugenbeweises, wie es die Carolina mit auffallender Zurückhaltung anerkennt, eigentlich nur auf dem Papier und erlangt erst nach Aufhebung der Folter am Ende des vorigen Jahrhunderts wirklich praktische Geltung. Den Kern desselben bilden die Artikel 66 und 67 der CCC, deren erster als genügende (genugsame) Zeugen die erklärt, „die unbeleumdet und sunst mit keyner rechtmässigen ursach zu verwerfen sein“, damit aber für diese entscheidende Frage, welche der entsprechende Artikel der Bambergensis (76) zu lösen unternommen hatte [17], an das herrschende Juristenrecht appellirt; nur die allerdings verclausulirte Ausschliessung unbekannter Zeugen, sowie die belohnter Zeugen steht noch daneben (Art. 64 und 65) [18]. Art. 67 stellt nun das Princip auf, die Missethat müsse „zum wenigsten mit zweyen oder dreien glaubhaftigen guten Zeugen, die von eynem waren wissen sagen, bewiesen“ sein, theilweise die Forderung des Art. 65 wiederholend: „Item die Zeugen sollen sagen, von jrem selbs eygen waren wissen, mit anzeygung jres wissen gründtlicher ursach. So sie aber vonn frembden hören sagen wurden, das soll nit gnugsam geacht werden“.

Was den Vorgang bei Aufnahme des Zeugenbeweises betrifft, so macht sich dabei das theoretische Voranstellen des Anklageprozesses sehr bemerkbar; der Ankläger soll (Art. 70), wo „eines Beklagten Missethat verborgen wer, und er derselbigen auff frag wie vorsteht,

---

[17] „Item die zeugen sollen unuerleumdt lewt und nit unter zweinzig jarn alt, auch nit weybs bildt sein, Doch mag man in etlichen fellen junger person (dann obgemelt ist) auch weybs bilder fur zeugen zulassen, und jr sage in jrem werdt vermercken, Dann wo sunst zeugen mangelt und solch unuolkomen zeugen bey einer sach gewest weren, von einem waren wissen sagen möchten, und unuerdechtlich person weren, So möcht ir sage zu erfüllung anderer unuolkomner weysung oder vermuttung dienstlich seyn, das alles durch die verstendigen (den gemeynen Keyserlichen rechten nach) ermessen und geurteylt werden soll“.

[18] Auch hier ist die Abweichung der Carolina von der Bambergensis bezeichnend für den Zug zur Beseitigung von Ausschliessungen. Unbekannte Zeugen sollen nur „auf Anfechtung des Gegentheyls“ nicht zugelassen werden, wovon die Bambergensis (A. 75) nichts weiss. Und wenn letztere „belohnte Zeugen“ für verworfen erklärt, so sagt die Carolina mit demselben Worte etwas anderes, indem sie hinzufügt, sie seien „peinlich zu strafen“, was nur für zu falschem Zeugniss gedungene einen Sinn hat.

nit bekentlich sein, und doch der ankleger die geklagten verneinten missethat beweisen wolt, und damit zugelassen würde, dass er der ankleger seine artikel, die er weisen will, ordenlich aufzeichnen lasse und dem richter inn schriften überantwort mit meldung, wie die zeugen heyssen, und wo sie wonen, damit alssdann darauf durch etliche aus den urtheylern, oder aber andere verordente Commissarien, ... kundtschafft nothdürfftiger und gebührlicher weiss verhört werde".

Die folgenden Artikel lassen nun den vollständigen Sieg der Schriftlichkeit bei der Beweisaufnahme erkennen, allerdings auch die Einsicht in die Nothwendigkeit grosser Vorsicht, und die Wahrung der Mitwirkung der Parteien, denen die eingelangte „Kundschaft" mitgetheilt und zu schriftlicher Einrede und Schutzrede, nöthigenfalls „gedupplirt", Gelegenheit gegeben wird. Gleichermaassen soll dem Beklagten gestattet sein, „Kundschaft und Weisung zu führen", „die ihn von seiner verklagten Missethat entschuldigen soll" (Art. 72—74).

War nun gleich die accusatorische Form und alles, was von ihr abhängt, schon zur Zeit der Erlassung der Carolina mehr nominell als factisch beibehalten, so hat sich doch die dadurch bedingte Annäherung an die Vorgänge im Civilprozess auch in den inquisitorischen Prozess hinübergerettet; sie äussert sich in der Aufstellung von Artikeln, über welche die Zeugen zu verhören sind und welche statt des Anklägers der Richter abzufassen hat, und denen der Beschuldigte seine „Fragestücke" (interrogatoria ad articulos) — eingetheilt in allgemeine, gemeine (generalia), welche die Person des Zeugen betreffen, und in „besondere Fragestücke zur Hauptsache" (specialia), zwischen welche zwei Kategorien sich eine dritte einschob, die der „gemeinen Fragestücke zur Hauptsache" [19] — entgegensetzen kann. Das erstere ward indess bei der fortschreitenden Entwickelung des Grundsatzes: quod in processu criminali regulis juris non sit inhaerendum [20] bald so vereinfacht, dass dieselben Artikel zuerst dem Inquisiten und dann, soweit sie nicht zugestanden waren, dem Zeugen vorgehalten wurden, soweit nicht die Natur der Sache das Gegentheil gebieterisch forderte [21]. Das letztere ward, obgleich dessen

[19] Carpzovius p. III qu. 114 Nr 19.

[20] L. c. Nr 16.

[21] .. si testes super facta peculiaria, quorum inquisitus neque notitiam habet, neque de iis interrogari potest aut debet, sunt examinandi, quo casu peculiares articuli

grosser Werth für den Beschuldigten keineswegs verkannt wurde, bald verdrängt und der Beschuldigte theils mit dem, was er gegen Person und Aussage des Zeugen vorzubringen habe, auf die Defensionsschrift verwiesen, theils ihm überlassen, persönlich dem Richter noch vor dem Zeugenverhör die Umstände mitzutheilen, auf welche in seinem Interesse die Vernehmung auszudehnen sei [22]. Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass es zum förmlichen Gegenbeweis nur kam, wenn für die Folter nicht genügende Anhaltspunkte vorhanden waren oder wenn der Inquisit sie siegreich bestanden hatte, und dass sie wiederholt wurde, wenn das Zeugenverhör zwar keinen vollen Beweis, aber neue dringende Verdachtsgründe ergab [23]. Unter diesen Umständen war es von geringer Bedeutung, dass durch die Verwischung der Grenzen zwischen General- und Specialinquisition und durch die Einschiebung der summarischen Vernehmnng Werth und Gebrauch des articulirten Zeugenverhörs noch früher schwanden, als dies beim Verhör des Beschuldigten eintrat.

Erst nach der Beseitigung der Folter ward das theoretische Interesse an den Formen des Zeugenverhörs und an der gesetzlichen Classification der Zeugen wieder in ein praktisches umgewandelt. Diese Classification ist nirgends vollständiger durchgeführt, als in der preussischen Criminalgerichtsordnung von 1805, welche im § 356 acht Classen „ganz unfähiger Zeugen“ aufzählt [24], im § 357 aber andere Personen,

---

super ejusmodi factis ac circumstantiis, quae in articulis inquisitionalibus non continentur, formari debent. Carpzovius l. c. Nr 11. Daran schliesst sich eine zögernde Gestattung der Anfertigung besonderer Artikel für die einzelnen Zeugen, quamvis rectius, meo judicio, faciat judex articulos facta etiam diversa continentes connectendo et testium singulorum attestationibus diligenter adnotatis unam quasi Registraturam judicialem probatoriam (vulgo: Gerichtliche Zeugniss-Registratur) conficiendo. L. c. Nr 12.

[22] Von den Specialfragestücken sagt Carpzow: Ad avertendas probationes maxime faciunt et multum commodant exhibenti. Quanto majus ergo periculum in causis criminalibus vertit et inquisito imminet, tanto magis interrogatoria inquisiti admittenda esse, quis posset existimare. Sed contrarium in terris Saxonicis observatur. Etenim cum per viam inquisitionis non juris ordine servato, sed absque longis ambagibus et circuitionibus summarie procedatur etc., l. c. Nr 20—25.

[23] L. c. Nr 25. Bezeichnend für das Ringen zwischen accusatorischen und inquisitorischen Formen ist es, dass ernsthaft daneben die Frage erörtert wird, ob nach geschlossenem Zeugenverhör noch neue Belastungszeugen vernommen werden dürfen. Das Gegentheil sei allerdings verissimum in casu, quo accusator intervenerit, qui testes producit, nicht aber im inquisitorischen Prozess.

[24] Es sind dies, vorbehaltlich beschränkender Zusätze: 1. Rasende, wahn- und blödsinnige Personen; 2. Blinde; 3. Taube, insofern sie nicht lesen können;

welche „zwar in Rücksicht der Verbindung, in welcher sie mit dem Angeschuldigten stehen, oder aus anderen Ursachen als Beweiszeugen nicht gelten, wohl aber zur näheren Erkundigung vernommen werden können" (zwölf Classen)[25], wobei aber bezüglich der ersteren dem Richter freigestellt war, „sie nichteidlich zu vernehmen, wenn es nicht unwahrscheinlich ist, dass ihre Aussage zur Entdeckung der Wahrheit führen werde", bezüglich der letzteren die ausnahmsweise Zulassung zum Eide der Beurtheilung des Richters überlassen wird.

In der Hauptsache kann das Zeugenbeweisrecht, welches in den deutschen Codificationen zu Anfang des 19. Jahrhunderts Eingang fand, so charakterisirt werden: Gewisse Personen sind als „untüchtig und völlig unglaubwürdig" vom Zeugenbeweis in dem Sinne ausgeschlossen, dass ihre Aussage, obgleich an sich nicht unzulässig, bei der Würdigung des Zeugenbeweises gar nicht mitzählt; andere sind als „verdächtige" oder „bedenkliche" Zeugen bezeichnet (z. B. Art. 280 des bayer. Strafges. von 1813, vgl. noch Art. 304 und 30[illegible] der württembergischen StPO von 1843: „zum Beweise untüchtig" und „verdächtig")[26]; oder sie werden als solche indirect durch die Ausschliessung von der Beeidigung hingestellt[27]. Daran schliesst sich der Fundamentalsatz, dass zum vollen Beweis zwei volle, beeidigte Zeugnisse

4. Taubstumme, insofern sie nicht lesen und schreiben können; 5. bestochene Zeugen; 6. des falschen Zeugnisses oder anderen Meineides überführte; 7. Ehrlose; 8. am Verbrechen mitbetheiligte.

[25] Verwandte und sonstige Angehörige des Angeschuldigten (1—7); diejenigen, die vom Ausgang Vortheil oder Schaden zu erwarten haben; Juden bei nicht ganz leichten Delicten (8); jugendliche Personen (9); „diejenigen, welche ein mit dem Verluste der bürgerlichen Ehre verbundenes Geschäft betreiben" (10); wegen Untreue oder Bankerutts verurtheilte (11); Eidesunfähige (12).

[26] Die badische StPO von 1845 dagegen spricht nur mehr von „Gründen, die einen Zeugen zum verdächtigen oder nicht vollgiltigen machen" und deren Entkräftung durch die Umstände des einzelnen Falles ihn einem vollgiltigen wieder gleichstellt (§§ 255. 256).

[27] Es ist dies das System der verschiedenen auf einander folgenden österr. Strafprozessgesetze seit dem Josephinischen von 1788. Dieses hatte noch die Beeidigung, und zwar die vorausgehende, aller Zeugen „ohne Unterschied" angeordnet, die nur unterbleiben sollte, „wenn der Zeuge offenbar als verwerflich bekannt ist" (§ 33). Dann aber unterschied sie nur Personen, die „ganz unfähig" sind, „als Zeugen gegen den Verbrecher aufzutreten und einen Beweis des Verbrechens herzustellen" (§ 123 — es sind dies im wesentlichen die Personen, welche noch nach der neuesten österr. StPO vom Zeugniss oder vom Eide ausgeschlossen sind), und „bedenkliche Zeugen", darunter Personen unter 20 Jahren, Mitschuldige, Personen, die Vortheil zu erwarten haben oder die in wesentlichen Dingen aus Irrthum

erforderlich sind, sei es nun, dass geradezu ausgesprochen wird, dass sie „vollkommenen, unmittelbaren Beweis begründen“ (bayerisches Strafges. von 1813 Art. 285), oder dass dies mehr oder weniger ausdrücklich als Minimalerforderniss bezeichnet wird[28]. Eine weitere Frage ist nun aber die, welche Wirkung der vereinzelten Zeugenaussage oder einer Mehrheit von bedenklichen Aussagen beizulegen sei, und die Antwort, die auf diese Frage ertheilt wurde, war eigentlich entscheidend für den Werth aller jener künstlichen Unterscheidungen. Ging man davon aus, dass der Zeugenbeweis misslungen ist, wenn nicht zwei volle Zeugnisse vorliegen, und dass nur auf Grund des Zeugenbeweises eine Verurtheilung eines leugnenden Beschuldigten möglich sei, so war nach Abschaffung der Folter die Mehrzahl der Beschuldigten gegen Strafe oder wenigstens gegen die ordentliche Strafe geschützt. Wollte man dies nicht, so musste man den Gedankengang weiterführen, dessen Ausgangspunkt in der arithmetischen Formel lag, dass wenn zwei Zeugen vollen Beweis machen, ein Zeugniss einen halben Beweis herstelle und die Aussage eines bedenklichen Zeugen doch auch irgend einen Bruchtheil darstelle. Schon die Carolina hatte (Art. 23 und 30) von einer vollgiltigen Zeugenaussage erklärt, dass sie „als eyn halb beweysung, macht eyn genug-

---

falsch ausgesagt haben (§ 125). Uebrigens forderte dieses Gesetz zu „dem durch Zeugen herzustellenden vollkommenen Beweise“ nur die Aussage von zwei unbedenklichen Zeugen, ohne dabei des Eides Erwähnung zu thun. — Dagegen hatte das Ges vom Jahre 1803 betont, es müssten alle Personen abgehört werden, „von welchen sich erwarten lässt, dass sie etwas zur Sache dienliches auszusagen im Stande sind“ (§ 374). Ausgeschlossen sind daher nur Personen, welche zur Zeit, als sie das Zeugniss ablegen sollten, „wegen Leibes- oder Gemüthsbeschaffenheit die Wahrheit anzugeben ausser Stande sind“ (§ 376). Die Bedenklichkeit des Zeugen (§§ 256. 384) hat zunächst nur die Wirkung, dass er nicht beeidet werden kann. Dieses Verhältniss kehrt in dem Abs. 2 des § 112 der StPO von 1853 und § 153 Z. 3 der StPO von 1873 (bezüglich der Ausschliessung vom Zeugniss), ferner in dem § 178 der StPO von 1850, § 132 der StPO von 1853, § 170 der StPO von 1873 wieder.

[28] So sagt das österr. Gesetz von 1803 § 409: „Zur Ueberweisung durch Zeugen wird erfordert, dass zwei beeidete Zeugen . . . unmittelbar von dem durch den Beschuldigten verübten Verbrechen einstimmig aus eigener vollkommener Gewissheit . . . ausgesagt . . . haben, ohne dass gegen ihre Glaubwürdigkeit aus der Verantwortung des Beschuldigten oder sonst aus dem Untersuchungsgeschäft einiges Bedenken hervorkommt“. — Der Sache nach steht schon dieses Gesetz auf dem Boden der negativen Beweistheorie, welcher die StPO von 1853 § 269 und vorher schon die württemb. StPO von 1853 Art. 313 sowie die badische StPO von 1845 § 254 vollen Ausdruck geben.

sam Anzeigung“ [29], und wenn damit beim Bestande des Art. 22 CCC die Möglichkeit unmittelbarer Verurtheilung noch nicht nahe gerückt war, so tauchte doch auch bei Anerkennung jener Bestimmung gerade die Vorstellung auf, dass Indicien einen halben Zeugenbeweis ergänzen könnten [30]. Hier knüpften nun die nach Aufhebung der Folter hervorgetretenen Gesetze an. So z. B. die Josephinische Criminalgerichtsordnung von 1788, welche der „Aussage eines einzigen unbedenklichen Zeugen“ nur „die Kraft eines halben Beweises“ beilegt (§ 128) [31], was, im österr. Ges von 1803 weiter fortgeführt, noch auf die österr. StPO von 1853 einwirkte, welche im § 140 zu den „unvollständigen, als Verdachtsgründe geltenden Beweisarten“ rechnet: die vollgiltige Aussage eines Zeugen und die unbeschworene, aber sonst den Anforderungen an vollgiltige Zeugnisse entsprechenden Aussagen zweier Zeugen, und den zusammengesetzten Beweis herstellen lässt durch zwei der im § 140 aufgezählten unvollständigen Beweisarten oder durch drei rechtliche Verdachtsgründe, unter welche wieder die im § 140 erwähnten mitgezählt werden können (§§ 278. 279). — Beiläufig ebenso steht es im bayerischen Strafgesetz (Art. 285—289). Die Aussage eines verdächtigen Zeugen gilt als Anzeigung des von ihm ausgesagten Thatumstandes. Zwei verdächtige Zeugen können einem vollgiltigen Zeugen gleich geachtet werden; einen vollen Beweis können herstellen die übereinstimmenden Aussagen zweier „nicht

[29] Böhmer, Meditat. ad CCC Art. 30 baute hierauf die ganze Theorie der halben Beweise, die er hergestellt findet: 1. durch die unmittelbar die That bestätigende Aussage eines vollen Zeugen; 2. durch die vollgiltige Aussage zweier Zeugen über Indicien; 3. durch das Geständniss von Indicien; 4. durch vereinzelte Aussagen mehrerer Zeugen über verschiedene Indicien; 5. durch Privaturkunden.

[30] So sagt der jüngere Meister: Unius testis, omni exceptione majoris, de actu delicti ipso testimonium semiplenae probationis vim secundum CCC habet. Aequalis autem, vel pro re nata major fides (d. h. also mehr als einen halben Beweis) elogiis conspirantibus plurium testium, non omni exceptione majorum, tribuenda est (§ 413). Die Bestimmung des Art. 22 aber verhindere nicht, quominus naturalis probatio imperfecta per accedentia gravia indicia plena fieri possit (§ 415).

[31] Dagegen fordert zum vollen Beweise durch Zeugen der unmittelbar vorhergehende § 127 „zwei unbedenkliche Zeugen“, und kann daher die Aussage „eines einzigen obschon unbedenklichen Zeugen, wenn sie auch durch zwey oder mehrere bedenkliche Zeugen bestätigt würde, nie einen vollen Beweis geben. Noch minder kann in Ermangelung eines unbedenklichen Zeugen durch die Aussagen bedenklicher Zeugen, so viel deren auch sein mögen, wider den leugnenden Untersuchten irgend ein Beweis hergestellt werden“. Vgl. übrigens z. B. Quistorp § 706. Grolman § 435. Feuerbach § 576.

ganz verdächtiger Zeugen“ zusammen mit der Aussage eines vollgiltigen, oder auch vier nicht unverdächtige, aber übereinstimmende Zeugenaussagen. Erst in der letzten Phase der gesetzlichen Beweistheorie ward von weiteren künstlichen Bestimmungen abgesehen und dem Richter entweder überlassen, zu erwägen, ob trotz des Vorhandenseins eines abstract verdächtigenden Verhältnisses der Zeuge nicht dennoch einem vollgiltigen gleichzustellen sei (Baden § 256), oder überhaupt nur ausgesprochen, dass die Uebereinstimmung „der Aussagen verdächtiger Zeugen in einer grösseren Anzahl, als bei vollgiltigen erfordert wird, wenn die Uebereinstimmung nur in der Wahrheit der Aussage ihre befriedigende Erklärung findet“, als voller Beweis zu gelten habe (Württemberg Art. 314)[32].

Eine andere Durchbrechung des Grundsatzes von der Forderung zweier voller Zeugen trat durch vorzugsweise Berücksichtigung der Aussage des Beschädigten[33] und durch die Berücksichtigung der Aussagen der Mitschuldigen[34] ein.

So nahm langsam das Zeugenbeweisrecht eine Entwickelung, welche es an die äussersten Grenzen der gesetzlichen, namentlich auch der negativen Beweistheorie führen musste. Vergleicht man dieselbe mit den Ansichten, die z. B. Filangieri[35] aussprach, so zeigt sich, dass sie in doppelter Hinsicht hinter denselben zurückblieb. Filangieri fordert noch zum vollen (d. h. im Sinne der negativen Beweistheorie zum ausreichenden) Beweise die Aussage zweier Zeugen; allein er versagt es sich, durch Aufstellung bestimmter Kategorien die Verlässlichkeit der Zeugen a priori zu bestimmen[36], und verlangt blos,

---

[32] Nur die Beschränkung ist beigefügt, dass wenn auf diese Weise schon drei verdächtige Zeugen den Beweis herstellen sollen, diese vereidet sein müssen.

[33] Bayer. StG A. 282: „Das Zeugniss desjenigen, an welchem das Verbrechen begangen worden, ist vollgiltig, soweit dasselbe blos darauf gerichtet ist, dass das angeschuldigte Verbrechen an ihm verübt worden sey, nicht aber rücksichtlich der Person des Thäters“. Ausführlich in gleichem Sinne und an § 404 des StG von 1803 anknüpfend § 270 Z. 1 der österr. StPO von 1853; in freierer Haltung Art. 311 der württembergischen StPO von 1843.

[34] Das österr. Ges von 1803 § 410 u. § 271 der StPO von 1853 erklären unter gewissen Bedingungen die Aussagen von zwei Mitschuldigen für ausreichend zur Ueberweisung, stellen also deren unbeeidete Aussagen den beeideten zweier Zeugen gleich. Ebenso lässt Art. 284 des bayerischen StG einen „reumüthig bekennenden Mitschuldigen“ „die Eigenschaft eines vollgiltigen Zeugen“ unter Umständen erlangen, Art. 311 der württembergischen StPO nur die eines verdächtigen Zeugen.

[35] Canoni di giudicatura per le prove testimoniali; l. c. cap. 15 p 399 sq.

[36] Sehr treffend sagt er von den aus dem römischen Recht abgeleiteten Regeln über die Tauglichkeit der Zeugen: „In manchen Fällen genügten die gesetzlichen

dass der Richter die allgemeinen Regeln über die Bedingungen der Verlässlichkeit des Zeugenbeweises auf das einzelne Zeugniss anwende. Andrerseits aber erfüllt er auch die wesentliche Bedingung für solche Freigebung richterlicher Beurtheilung, indem er die mündliche Aussage des Zeugen in Gegenwart des Gerichtes und unter Mitwirkung der Parteien fordert.

Diese Voraussetzung wurde auf dem Continent zuerst erfüllt durch den französischen Strafprozess, wie er sich seit 1791 gestaltete. Der grosse Umschwung ist hier vollzogen, welcher der juristischen Regelung der Prüfung des Beweisergebnisses ein Ende macht. Richter und Geschworne sind im Strafprozess gleichmässig auf die allgemein menschliche Würdigung desselben, auf ihre freie Ueberzeugung gewiesen. Mit dem Nachdruck, mit dem eine auffallende Neuerung verkündet wird, ist das Princip in der bekannten Instruction ausgesprochen, welche den Geschwornen in Frankreich noch heute von Fall zu Fall vorgelesen werden soll, in der Verweisung auf den Eindruck, welchen die Belastungs- und Entlastungsbeweise auf ihre Vernunft gemacht haben. „Das Gesetz sagt ihnen nicht: »Ihr sollt jede Thatsache für wahr halten, welche so und so viel Zeugen bestätigen«. Es sagt ihnen auch nicht: »Ihr sollt keine Thatsache als ausreichend festgestellt ansehen, deren Beweis nicht durch ein Protokoll oder eine Urkunde von dieser oder jener Beschaffenheit oder durch so viele Zeugen hergestellt wird«". Dagegen wird der Versuch nicht ganz aufgegeben, den Zeugenbeweis im Stadium der Beweisaufnahme juristisch zu regeln. Er zeigt sich durch die Aufstellung einer Reihe von Ausschliessungsgründen, durch die regelmässige Verbindung des Zeugnisses mit dem Eide und durch den daraus abgeleiteten Satz, dass ein unbeeidigtes Zeugniss nicht zulässig sei — Regeln, die theilweise das Gesetz selbst schon durchbrach, indem es Vernehmungen par voie de déclaration und pour renseignements zuliess und so eine Bresche öffnete, die die Praxis beträchtlich erweiterte, welche in dieser Hinsicht weit über das im Gesetz ausdrücklich gestattete hinausging.

Was England betrifft, so fand dort die allgemein menschliche Erprobung der Thatsachen ihre lebendigen Träger in den

---

Ausnahmen nicht, in anderen gingen sie zu weit. Bald waren die Richter durch die zahllosen Ausnahmen an der Aufklärung des Sachverhaltes gehindert, bald mussten sie Abhilfe gegen die nicht ausreichenden Bestimmungen des Gesetzes gewähren . . . . Und dieselben Gesetze, welche die Willkür des Richters einzuschränken suchten, haben sie auf der anderen Seite maasslos gesteigert".

Geschwornen, und das Streben, diesen Vorgang durch allgemeingiltige, zur Macht von Rechtsregeln erhobene Grundsätze zu ordnen, fand sie andererseits in den königlichen Richtern. Die letzteren überwachten die Vorführung der Beweise und machten namentlich die an den Zeugenbeweis von ihnen gestellten Anforderungen bei der Entscheidung über die Zulässigkeit der Personen und bestimmter Fragen an dieselben geltend; sie sorgten also dafür, keine Zeugenaussage an die Geschwornen gelangen zu lassen, die nicht als juristisch zulässig anzuerkennen war. Das zugelassene war dann in der Regel evidence to be left to the jury — Beweis, dessen Beurtheilung der Jury zu überlassen war. Nur ausnahmsweise nahmen und nehmen die englischen Richter auch das Recht in Anspruch, bei sich später erst ergebender Mangelhaftigkeit eines Zeugnisses den Geschworenen die Nichtbeachtung desselben im Schlussvortrag zur Pflicht zu machen. Jene Regeln finden demnach ihren Schwerpunkt in der Aufstellung einer Reihe von Gründen, welche die vollständige Ausschliessung vom Zeugniss bewirkten; nicht vollgiltige Zeugnisse sind diesem Rechte (nahezu) unbekannt, das daher auch keinen unbeeidigten Zeugen zuliess. Eine Ausnahme von der ersten Regel griff nur bezüglich der als Zeugen auftretenden Genossen des Verbrechers durch; aber charakteristisch genug findet das Bedenken, das ihr Zeugniss einflösst, nur darin Ausdruck, dass der Richter die Geschwornen auf dasselbe aufmerksam macht[37]. Neben der Aufstellung von Gründen der Unzulässigkeit von Zeugen macht sich das englische Beweisrecht nur noch in der Regelung des Zeugenverhörs, vor allem in der mündlichen Vernehmung der Zeugen vor den Urtheilern unter blosser Controle des Gerichts und in der Aufstellung strenger Vorschriften über den Gegenstand (z. B. Verbot des Zeugnisses von Hörensagen, Verbot des Nachforschens nach anderen strafbaren Handlungen des Angeklagten, Schutz der Zeugen gegen die Zumuthung der Selbstbeschuldigung) und die Art (Suggestivfragen, captiöse Fragen u. s. w.) der Fragestellung geltend. In letzterer Hinsicht steht es noch heute vollkommen aufrecht. Dagegen begann gegen Ende des vorigen Jahrhunderts, nicht ohne Einwirkung der sonst umgekehrt vom englischen Muster beeinflussten Vorgänge auf dem Continent, eine Gegenströmung gegen die unbedingte Ausschliessung von blos bedenklichen Zeugen sich bemerkbar zu machen. Auf Bentham ist es wesentlich zurückzuführen, dass das englische Recht heutzutage nur mehr sehr wenige

[37] Dass dies nicht unbestritten und ausnahmlos gilt, wird später hervorgehoben werden.

Ausschliessungen vom Zeugenbeweis kennt. Sein Werk über das Beweisrecht charakterisirt er selbst mit den Worten: Man sehe darin immer den praktischen Satz wiederkehren: „Kein Beweis, kein Zeugniss werde ausgeschlossen, blos aus Furcht, getäuscht zu werden“ [38]. Ebenso stetig kehrt die Beweisführung wieder: „Die Gefahr, welche die verdächtigen Zeugnisse mit sich führen, ist allgemein übertrieben worden. Die Uebertreibung beruht auf einer alles Grundes entbehrenden Voraussetzung, dass nämlich einerseits die Gefahr der Täuschung ebenso gross sei, wie andererseits die Gefahr der Falschheit. Man hat nicht daran gedacht, dass die Schwäche dieser Beweise genügt, um den Richter aufmerksam zu machen und die Täuschung zu erschweren .... Ein System, welches alle Beweise zulässt, ist nicht sehr gefährlich oder doch mindestens unendlich weniger gefährlich, als das System der Ausschliessung, dieses gewaltsame, unbeugsame System, welches nothwendig alsdann, wenn der ausgeschlossene Beweis der einzige ist, der von einer Partei beigebracht werden kann, zu ungerechten Entscheidungen führt“ [39]. Diesem Impuls ist die englische Gesetzgebung, soweit es sich um die Zulassung von Zeugen, nicht aber um die Beschränkung der Gegenstände des Zeugenbeweises handelt, seither beharrlich gefolgt und somit ist das Gebiet der freien Beweiswürdigung um eben so viel erweitert, als das der juristischen Beweisregelung verengert worden.

Das neueste Recht folgte dem Zuge dieser Entwickelung in der Richtung nach Ausdehnung der Befreiung des Zeugenbeweises von juristischer Regelung. Die grosse Mehrzahl der in den neuesten Gesetzen für den Zeugenbeweis ertheilten Regeln hat nicht sowohl den Zweck, die Reinheit und Verlässlichkeit des Beweisergebnisses zu sichern, als vielmehr öffentliche und Privat-Interessen, namentlich die der zu vernehmenden Zeugen, gegen allzuharte Anforderungen des Strafprozesses zu schützen. Sieht man davon ab, so bleiben sehr wenig Eingriffe des Gesetzes in das System des Zeugenbeweises übrig. Die österreichische StPO stellt noch ausdrückliche Ausschliessungsgründe auf; allerdings fallen zwei derselben unter jene oben bezeichneten Rücksichten, und nur der dritte gehört unter den Gesichtspunkt einer Vorsorge für das Beweisergebniss: das Verbot der Vernehmung von „Personen, die zur Zeit, in welcher sie das Zeugniss ablegen sollen, wegen ihrer Leibes- oder Gemüthsbeschaffenheit ausser Stande sind, die Wahrheit anzugeben“ (§ 151 Z. 3). Die deutsche StPO

[38] Bentham Buch VII Kap. 15 S 301.
[39] A. a. O. S 304.

kennt keine kategorische Ausschliessung von Zeugenbeweisen. Beide Gesetze knüpfen dagegen, mit Hilfe der Ausschliessung des Zeugeneides, an die ältere Eintheilung der Zeugen in verdächtige und unverdächtige an, wobei die Aufzählung in der österr. StPO etwas umfassender ist als in der deutschen, wogegen aber das materielle österr. Strafrecht dem unbeeidigten Zeugniss eine grössere Bedeutung verschafft, als welche dasselbe nach deutschem Recht in Anspruch nehmen kann. Beide Gesetze kommen darin überein, dass sie nicht gestatten, auf dem Wege der „Auskunft" Zeugnisse wieder einzuführen, welche sie selbst beseitigen wollten; die deutsche StPO schliesst die discretionäre Gewalt des Vorsitzenden ganz aus, die österr. gestattet zwar dem Vorsitzenden, neue Zeugen vorzurufen, verfügt aber, dass über die Beeidigung derselben nach ihrer Vernehmung von Fall zu Fall das Gericht zu beschliessen hat.

Diese Aenderungen fanden auf Grund der im mündlichen Verfahren seit 1848 gesammelten Erfahrungen nahezu widerspruchlosen Eingang. Die Aufmerksamkeit der legislativen Factoren war nicht sowohl der Materie des Zeugenbeweises, als der Form seiner Aufnahme, dem Recht auf Ladung und Vernehmung der Zeugen und der Art ihres Verhöres in der Hauptverhandlung zugewendet.

§ 2. Beweiskraft der Zeugenaussagen: I. Staatliche Veranstaltungen zur Sicherung derselben.

Die Beweiskraft der Zeugenaussage, als der Angabe über des Zeugen eigene Wahrnehmung, beruht darauf, dass, wenn jemand bestimmt versichert, eine Thatsache selbst wahrgenommen zu haben, diese Thatsache sich auch zugetragen haben muss, sofern jene Person nicht die Unwahrheit aussagt[40]. Das letztere ist nach allgemein menschlichen Verhältnissen nicht zu vermuthen, weil es beschwerlicher und gefährlicher ist, die Unwahrheit zu sagen und zu behaupten[41], und weil im allgemeinen der Mensch über seine sinnlichen Wahrnehmungen sich nicht täuscht, sich derselben erinnert und auch fähig ist, sich bezüglich derselben verständlich auszudrücken. Daraus folgt also: das Zeugniss hat Beweiskraft, wenn und soweit der Zeuge

1. zu der Zeit, wo er die Wahrnehmung gemacht haben soll, die volle geistige und körperliche Befähigung für dieselbe hatte;

---

[40] Vgl. Geyer in HH I 295 ff. Seel, Beweis S I2.
[41] Bentham Buch I Kap. 10 S 36 ff.



2. seine volle Aufmerksamkeit dem wahrzunehmenden Gegenstand zuwendete;

3. die gemachte Wahrnehmung treu im Gedächtniss bewahrt hat;

4. die Fähigkeit besitzt, über die gemachten Wahrnehmungen treu und in einer jedes Missverständniss ausschliessenden Weise zu berichten;

5. dies auch zu thun entschlossen ist, und

6. unter Umständen aussagt, welche Gewähr dafür bieten, dass das, was er zu sagen hat und sagen will, auch vollständig und richtig verstanden wird, und dass kein Umstand unbeachtet bleiben kann, welcher geeignet ist, Zweifel an der Wahrheit der Aussage zu erregen.

Uebersieht man die Summe dieser Bedingungen für die Beweiskraft des Zeugnisses, so muss man erschrecken über die geringe Wahrscheinlichkeit des Vorhandenseins ihrer aller[42] und über die Schwierigkeit, sich von ihrem Vorhandensein bei der unendlich grossen Zahl von Zeugenaufnahmen, die bei jedem Strafgerichte fortwährend anwächst, zu überzeugen. Es kommt dazu, dass die Zeugen nicht ausgewählt werden können, dass sie durch die Natur des Falles und durch den berechtigten Willen der Parteien dem Gericht gegeben sind, und dass es nur wenige positive Veranstaltungen giebt, durch welche Gesetzgebung und Rechtsanwendung den Gefahren eines trügerischen Zeugenbeweises entgegentreten können.

Was nun diese Veranstaltungen betrifft, so ist ihre Zahl und Bedeutung wesentlich geringer geworden, als sie früher war oder vielmehr schien. Denn eben in dem Aufgeben fast jedes Versuches des Gesetzgebers, von vornherein den Werth der Zeugnisse zu prüfen, durch bestimmt bezeichnete Kennzeichen die zulässigen von den unzulässigen, die unbedingt verlässlichen von den bedenklichen zu sondern, und zwar letzteres in der Weise, dass die Gleichstellung beider miteinander von vornherein verhindert wird, besteht ja der Umschwung der modernen Gesetzgebung. Immerhin aber durfte die Gesetzgebung nichts unterlassen, was geeignet scheint, die Verlässlichkeit und Ergiebigkeit der Zeugenaussagen zu sichern; je verlässlicher diese Einrichtungen sind und je mehr der besondere Fall ihre Wirksamkeit sichert, desto mehr gewinnt das Zeugniss an Werth, und umgekehrt

---

[42] Vgl. Globig II 142 ff. und das dort angeführte pessimistische Wort von Hommel: Testes fere omnes mentiuntur, atque incuria aut negligentia fallunt. Rhapsod. juris observ. 277 Nr 3. S. auch W. Brauer, Ueber die Unzuverlässigkeit des directen Zeugenbeweises, in Demmes Annalen XIV 1840 S 1—34.

verliert es daran mit dem Sinken des Einflusses derselben. In dieser Hinsicht kommen in Betracht:

I. Die Auswahl und Ladung der Zeugen. Die in Bezug auf erstere getroffenen Einrichtungen verbürgen in hohem Maasse die vollständige Ausnutzung des vorhandenen Beweismaterials. Was die Ladung betrifft, so ist darüber hier zu erwähnen, dass bei dem weitgehenden Einfluss, welcher den Parteien auf die Auswahl der Zeugen im heutigen Prozess zusteht, die Ladung jene sachliche Bedeutung nicht mehr hat, die ihr sonst wohl beigemessen wurde, so dass ein freiwillig sich darbietender Zeuge als solcher schon unzulässig oder doch verdächtig war[43]. Vielmehr lässt sich nicht verkennen, dass das Motiv, welches jemand veranlasst, sich selbst als Zeuge zu melden, ein vollkommen ehrenhaftes sein kann, und ganz besonders, wenn es sich darum handelt, einem unschuldig angeklagten (wie der Zeuge meint) zu Hilfe zu kommen, dass dagegen, wo Umtriebe von der einen oder anderen Seite den Zeugen zur Anmeldung bewegen, sehr leicht eine andere Form für seine Heranziehung gefunden werden kann, und dass überhaupt ein sich von selbst darbietender Zeuge

[43] In erster Linie sind hier Missdeutungen solcher römischen Quellenstellen maassgebend gewesen, welche sich auf den Gegensatz eigentlicher Solennitätszeugen zu solchen beziehen, welche über gelegentlich gemachte Wahrnehmungen aussagen: Rogati, non fortuiti vel transeuntes veniant. Nov. 90 c. 2 und l 18 Cod. 4. 20 (wogegen aber auch l 11 D. de test. 25. 5). Für den Strafprozess hatte die Sache um so weniger Werth, weil ursprünglich kein Entlastungszeuge geladen werden konnte, das Erscheinen vielmehr von seinem Belieben abhing. (Geib S 358. Vgl. auch Klenze S 97.) Daran knüpfte die Glosse zu l 18 Cod. de testib. das Wort: Faciles ad testimonium ferendum, facile mentiuntur. Und daraus entwickelte sich ein ganzes System: die Aufstellung der ultroneitas als einer Einwendung gegen die Zulassung des Zeugen. Im schottischen Recht ging dies so weit, dass der geringste Fehler in der Ladung die Ausschliessung des Zeugen bewirkte, bis die Gesetzgebung (9 Geo. IV. c. 29) eingriff und diese „frivolous objections“ dadurch beseitigte, dass erklärt wurde, es sei ferner der Mangel der Ladung überhaupt keine Einwendung gegen den Zeugen. (Alison p 393 sq.) Im französischen Recht ist aus der Ordonnanz von 1670 in den Art. 74 des Code d'Instr. die Bestimmung übergegangen, dass der Zeuge vor seiner Vernehmung (vor dem Untersuchungsrichter — in der Hauptverhandlung erklärt A. 324 die Citation für gleichgiltig) die erhaltene Citation vorweisen, und dass dies im Protokoll bemerkt werden müsse. Hélie, Instruction vol. V p 543. 544, 2. éd. Nr 1834. Rolland de Villargues, Rogron und Carnot zu Art. 71 und 74 Code d'Instr. Legraverend, Traité de législ. criminelle ch. VI, éd. Bruxelles 1832, vol. I p 240. Ueber den geringen praktischen Werth der ganzen Anordnung s. schon Mangin, Instruction écrite I 196 Nr 118. Vgl. noch Klenze S 96; Kitka, Thatbestand S 117. 118; Kleinschrod im AA VII 168; Carrara, Programma, parte generale § 956, II 523—556.

prima facie eher weniger, als der von der Partei benannte dem Verdacht unterliegt, eine bestimmte Absicht zu verfolgen. Es muss dabei auch den geänderten Zeiten Rechnung getragen werden; die Strafjustiz flösst heute nicht mehr jenen berechtigten Schrecken ein, welcher einst jeden von ihr fern hielt, den nicht die mächtigsten Interessen oder Zwangsmittel in ihre Nähe drängten. Was übrigens die äussere Form der Ladung betrifft, so muss von ihr schon darum manchmal abgesehen werden, weil die Zeit sie nicht immer gestattet und weil sie oft, wenn der Zeuge in dem Augenblick, wo er vernommen werden soll, auf ausseramtliche Bitte sich freiwillig stellt u. s. w., ganz überflüssig wäre. Bei der Vorlage und Berathung der deutschen StPO wurde daher auch die Befugniss der Partei zur unmittelbaren Gestellung von Auskunftspersonen als eine selbstverständliche bezeichnet[44]. Dennoch hat die Ladung auch eine sachliche Bedeutung für unsere Untersuchung, soferne der Besitz der Vorladungsurkunde eine Bescheinigung der Identität des Zeugen bildet, die nöthigenfalls auf andere Art ersetzt werden muss, und sofern die Ladung mit dazu beiträgt, dem Zeugen die volle Klarheit über die Eigenschaft, in welcher er vor Gericht erscheint und aussagt, zu verschaffen und ihm auch Gelegenheit bietet, sich auf die Vernehmung durch Sammlung seiner Erinnerungen vorzubereiten.

II. Der Eid, welchen die Gesetze dem Zeugen der Regel nach auferlegen, ist auch heute noch die wichtigste äussere Bürgschaft einer verlässlichen Zeugenaussage. Ohne Zweifel ist ein Mensch, welcher gewohnt ist, sich sittlichen Anordnungen zu unterwerfen, gleichviel, ob seine sittlichen Ueberzeugungen auf religiöser Grundlage ruhen oder nicht, sich der Pflicht der Wahrhaftigkeit auch bei einer nicht beeidigten Aussage bewusst und bereit, sie zu erfüllen. Allein auch solchen Personen tritt der ganze Ernst der sie treffenden sittlichen Verantwortlichkeit oft erst im feierlichen Momente der Eidesleistung ins Bewusstsein, welcher eine nicht zu übersehende Grenzlinie zwischen blossem Gerede, das nicht immer ernst zu nehmen ist, und einer von der vollen Betheuerung der Wahrheit getragenen Zeugenaussage bildet. Und dass Personen von aufrichtig religiöser Gesinnung von der Ueberzeugung durchdrungen sind, dass sie eine doppelt schwere Schuld auf sich laden, wenn sie eine unwahre Aussage durch den Eid bekräftigen und sich dadurch in höherem Grade strafbar machen, kann so wenig einem Zweifel unterliegen, als dass zahlreiche Personen, welche vollkommen bereit sind, eine falsche Aussage abzulegen, davor

---

[44] Mot S 124, Prot d. RtC S 337. Vgl. Schwarze Bem 9 zu § 219.

zurückschrecken, wenn sich zeigt, dass sie dieselbe beschwören müssten. Es sind dies Thatsachen, mit welchen jeder Gesetzgeber rechnen muss, und niemand, dem an der wahrheitsgetreuen Entscheidung einer bestimmten Sache liegt, wird auf diese Gewähr der Wahrhaftigkeit der Zeugen verzichten wollen, so lange sie zur Verfügung steht[45]. Eben

[45] Der Zusammenhang der religiösen Ueberzeugungen des Schwörenden mit den Forderungen des Staates bezüglich des Eides bewirkt besondere Schwierigkeiten, die sich darin äussern, dass man Bedenken trägt, Personen, welche an die Verbindlichkeit des Eides nicht glauben, zu Eid und Zeugniss zuzulassen (s. z. B. Planck, Syst. Darstell. S 364 Nr 4), und dass umgekehrt die Zeugen über Gewissenszwang klagen. Namentlich in England, wo dazu allerdings sowohl theoretischer als praktischer Anlass vorhanden war, und wo andererseits daran festgehalten wird, kein anderes Zeugniss als ein durch Eid bekräftigtes zuzulassen, ist dieser Zusammenhang überwiegend berücksichtigt worden. Aber er ist jetzt gelöst. Das praktische Bedürfniss nöthigte zuerst, die Zulässigkeit des Zeugnisses von Heiden und „Personen, welche von Gott keine Kenntniss haben und jedes religiösen Glaubens entbehren" (st. 6 u. 7 Vict. c. 22) anzuerkennen; darauf ward der Eid von Personen, welche aus religiösen Gründen sich dessen weigerten, durch eine „feierliche Versicherung" ersetzt, und neuestens ist durch st. 32 u. 33 Vict. c. 68 s. 4 angeordnet, dass wenn ein zum Zeugniss berufener „Einwendungen gegen seine Beeidigung erhebt oder wenn gegen dessen Beeidigung, als eine unzulässige, Einwendung erhoben wird" und „der vorsitzende Richter die Ueberzeugung gewinnt, dass ein Eid sein Gewissen nicht binden würde" der Zeuge eine feierliche Versicherung und Erklärung abgeben solle (I solemnly promise and declare). Die Gründe, vermöge welcher ein Theil der englischen und amerikanischen Juristen bis in die neueste Zeit das Zeugniss von Atheisten ausgeschlossen, werden allerdings trotz der Beseitigung der Eidesschwierigkeit fortbestehen, sie beziehen sich aber doch immer ausdrücklich auf den Eid als solchen. „Das Gesetz", sagt Starkie (angeführt bei Greenleaf I § 368), „handelt weise, indem es die höchste erreichbare Gewissheit für die Wahrheit des Zeugnisses fordert, und ist mit sich im Einklang, indem es alle Zeugen verwirft, welche diese Gewähr nicht zu empfinden vermögen oder sie nicht bieten können .... Es misst damit ihnen keine Schuld bei und tadelt sie nicht .... Der Geisteskranke, das Kind werden aus gleichem Grunde zurückgewiesen, ohne dass sie ein Tadel trifft. Auch der Atheist wird nur zurückgewiesen, weil er unfähig ist, die Verpflichtungen zu erkennen, welche der Eid ihm auferlegt" ... Vgl. auch die Zusammenstellung ähnlicher Erklärungen bei Roscoe l. c. p 110 u. 111. Indess waren schon früher Schwierigkeiten über die Frage entstanden, wie eigentlich die religiösen Meinungen des Zeugen erprobt werden sollten; einerseits hegte man, namentlich in Amerika, Zweifel über die Zulässigkeit einer Befragung des Zeugen (vgl. Greenleaf I § 370 und speciell die bei Best § 168 angeführte Ansicht von Prof. Christian) und verlangte anderweitigen Beweis darüber; andererseits behauptete man umgekehrt, der Regel nach müsse wohl des Zeugen eigene Angabe hierüber entscheidend sein. Alles dies mahnte, zu beachten, was schon Alison l. c. p 438 hervorhob: „Es wird erst noch zu erwägen sein, ob jemand, der behauptet, dass er an kein höchstes Wesen glaube, hierin Glauben verdiene, und ob nicht die Gefahr, widerwilligen Zeugen die Mög-

darum stellen die Prozessgesetze es (der Regel nach) nicht in das Belieben des Gerichtes, ob diese Gewähr gefordert werden soll oder

---

lichkeit zu gewähren, sich durch die einfache Erklärung, sie seien Atheisten, vom Zeugniss zu befreien, schwerer wiegt, als die der Zulassung solcher Zeugnisse", weshalb er die unbeeidigte Vernehmung unter Warnung der Jury empfiehlt.

Mit der Lösung der Eidesfrage dürfte indess für die Praxis des englischen Rechts die Frage des Einflusses religiöser Ansichten auf die Zulässigkeit des Zeugnisses gelöst sein; so meint wenigstens Russel, der Herausgeber Bests. Er fragt: „War es weise, einem Menschen, in dessen Brust allein vielleicht das Beweismaterial verwahrt ist, von welchem Leben und Vermögen seiner Mitbürger abhängt, die Macht einzuräumen, dieses Beweismaterial durch die blosse Behauptung zu unterdrücken, dass er irrige Ideen über religiöse Gegenstände hege? Und selbst angenommen, der Atheismus, Epikureismus u. s. w. wäre noch so echt und gar nicht vorgeschützt, war es nicht richtiger, daraus eine Einwendung gegen die Glaubwürdigkeit, nicht gegen die Zulässigkeit des Zeugen abzuleiten?" Russel bezeugt auch, dass ein ähnlicher Umschwung in der Gesetzgebung mehrerer der Vereinigten nordamerikanischen Staaten eingetreten sei, wonach „der Mangel religiösen Glaubens als eine Einwendung gegen die Glaubwürdigkeit, nicht gegen die Zulässigkeit des Zeugen zu behandeln ist". Noch schärfer wird der Einfluss dieser Behandlung des Zeugnisses damit charakterisirt: es sei von den vier Bürgschaften der Wahrhaftigkeit des Zeugnisses bei solchen Personen eine, die religiöse, entfallen, und nur die drei anderen: die natürliche Abneigung gegen die Lüge, die moralische und die (durch Androhung von Strafe begründete) politische, bleiben übrig.

Die continentale Gesetzgebung hat zwar sonst Eid und Zeugniss nicht in unlösbare Verbindung gebracht; aber für unsere Frage besteht dieselbe, weil die Beeidigung nicht unterbleiben darf, wo das Gesetz dies nicht ausdrücklich gestattet oder anordnet. Wenn also der Zeuge erklärt, dass er nicht an Gott glaube, so entsteht nicht blos die Frage, ob nun zur Eidesleistung zu schreiten sei, sondern, da die Vernehmung ohne Eid nicht zulässig ist, ob das Zeugniss zuzulassen sei. In neuerer Zeit ist die Frage mehrfach erörtert worden. „Bei der Berathung des Entwurfes der deutschen CPO in der Justizcommission des Reichstages", sagt Dochow, Zeugnisszwang S 59. 60, „stellten die Abgeordneten Herz und Gaupp den Antrag, die Worte »bei Gott dem Allmächtigen und Allwissenden« zu streichen. Es sei nicht angemessen, so sagte der Abg. Herz, der Gottheit bestimmte Prädicate beizulegen, sie gewissermaassen zu definiren. Mit demselben Rechte könnten ihr noch viele andere Prädicate beigelegt werden. Die obige Eidesformel führe zum Gewissenszwang. Und der Abg. Gaupp sprach sich in gleichem Sinne aus; er hielt den Staat nicht für berechtigt, dem Gewissen einen solchen Zwang aufzuerlegen; es liege hierin ein Eingriff in die verfassungsmässig garantirte Gewissensfreiheit. Auf die religiöse Seite des Eides wurde jedoch im Laufe der Verhandlungen nicht weiter eingegangen und der gestellte Antrag abgelehnt. Für die beiden Prozessordnungen und das GVG beantragte der Abg. Baumgarten im Reichstage, zu den betreffenden Paragraphen folgenden Zusatz hinzuzufügen: Wenn ein Schwurpflichtiger vor dem Richter erklärt, dass er die Worte: »bei Gott dem Allmächtigen und Allwissenden« und »so wahr mir Gott helfe« gewissenshalber nicht als seine eigenen sprechen könne, so ist derselbe befugt, den Eid zu leisten mit den

nicht; vielmehr bilden die Vorschriften über die Eidesleistung den letzten Rest bestimmter und allgemein giltiger, der Beurtheilung des

---

Worten: »ich schwöre«. Da der Antragsteller seine Anträge zurückzog, kam es nicht zu einer Debatte. Dass dieselben aber auch keine Annahme gefunden hätten, unterliegt nicht dem geringsten Bedenken".

In Italien dreht sich, wie in England, der Gegensatz der Ansichten um den Widerspruch, der darin liegt, dass „jemand, der erklärt, nicht an Gott zu glauben, angehalten wird, Gottes Strafgericht herauszufordern" (Carrara, Programma § 953 Note 2 vol. II p 518. 519), auf der einen Seite, auf der andern um die Gefahr, dass man durch die einfache Erklärung, libero pensatore zu sein, sich der Eidespflicht beliebig entziehen könnte. Carrara, welcher der Ansicht ist, dass es ebenso widersinnig als der Gewissensfreiheit widersprechend sei, den libero pensatore zum Eide anzuhalten, bemerkt, der einzige solide Grund für die Gegenansicht sei der, dass sonst „jemand, der wichtige Gründe habe, zu lügen, sich durch eine solche unwahre Erklärung dem religiösen Eide entziehen könnte. In faccia a siffati motivi potrebbe repugnare meno al cattolico il rossore di una menzogna sulle sue opinioni religiose detta al fine di esimersi dalla invocazione di Dio, di quello che un giuramento falso inesorabilmente punito dal cielo". — Trotzdem sich Carrara über dieses von ihm selbst betonte schwere Bedenken hinaussetzt, hält er es für unlogisch, deshalb den Eid ganz abzuschaffen, was in Italien mehrfach empfohlen wurde; schon Carmignani hatte darauf hingewiesen, und in neuester Zeit thun dies z. B. Borsani und Casorati vol. II p 398. 399, vol. IV p 389 sq. Auf diese Weise, meint Carrara, würde man auch die Glaubenden vom Eide befreien und auf eine Bürgschaft verzichten, welche in der Mehrzahl der Fälle die Gerechtigkeit und die Sicherheit der Angeklagten zu fördern geeignet ist". Von diesem Gesichtspunkt ging auch die italienische Praxis aus, welche überwiegend daran festhielt, dass solche Zeugen nicht unbeeidet vernommen werden dürfen und dass daher die Verweigerung des Eides als Verweigerung der Aussage zu behandeln ist. Mel erklärt sich mit dieser Auffassung ganz einverstanden. Unter den zahlreichen Judicaten, die er anführt (S 171—176 zu Art. 297) findet sich nur eines, welches annimmt, die Erklärung des Freidenkers oder Rationalisten, er wolle bei Ehre und Gewissen die Wahrheit sagen, entspreche den Anforderungen des Gesetzes. Borsani und Casorati führen auch ein ähnliches Erkenntniss des Cassationshofes in Palermo an. Der turiner Cassationshof dagegen sprach aus: „Das Gesetz gewährt den Atheisten und Rationalisten kein Privilegium; sie müssen daher unter dem Bande des Eides aussagen. Vergebens ruft man dagegen die Gewissensfreiheit ins Feld; ein anderes ist die unbegrenzte Freiheit im Denken, im Zugeben oder Nichtzugeben der Beziehungen zwischen Geschöpf und Schöpfer, ein anderes das Verlangen, über den Gesetzen zu stehen und von ihnen nicht getroffen zu werden. Stünde es jedermann frei, durch die Behauptung, er sei Freidenker und glaube nicht an das Dasein Gottes, den Eid abzulehnen, so würden solche Personen sich eigenmächtig den auf beeidetes falsches Zeugniss angedrohten höheren Strafen entziehen können . . . . Die Erklärung des Zeugen, dass er sich zu keiner Religion bekenne, wird die Beweiskraft und die Glaubwürdigkeit seiner Aussagen vermindern, nicht aber für sich allein eine Befreiung von der Unterwerfung unter das Gesetz begründen können, vor welchem alle gleich sind" (Erk. v. 29. Januar 1873). — In gleichem Sinne entschied in dem Sensationsprozess Luciani der römische Cassations-

einzelnen Falles möglichst wenig überlassender gesetzlicher Anordnungen auf dem Gebiete des Beweisrechtes. Von wenigen Fällen abgesehen steht es also nicht im Belieben des Zeugen, ob er seine Aussage durch Eid bekräftigen will, und die Gewähr, welche im gewöhnlichen Leben in freiwillig der Behauptung hinzugefügten Betheuerungen gefunden zu werden pflegt, ist daher in dem gerichtlichen Zeugeneide nicht zu finden, da der Eid dem Zeugen aufgenöthigt wird.

1. Die beweisende Kraft des Zeugeneides liegt also nur in der auf die oben bezeichneten Thatsachen gegründeten Vermuthung, dass der Eid den Zeugen zur Wahrhaftigkeit gewissermaassen zwinge. Und eben dies lässt es als zweifelhaft erscheinen, ob es im allgemeinen zweckmässig ist, dass die Gesetze dem Misstrauen, welches sie gewissen

---

hof (5. April 1876). Ein neues unter dem Eindruck häufiger Eidesverweigerungen ergangenes Gesetz (vom 30. Juni 1876) sucht die Schwierigkeit dadurch zu lösen, dass einerseits jede confessionelle Aeusserlichkeit — Eidesleistung auf das Evangelienbuch — beseitigt, andrerseits alles vermieden wird, was ein ausdrückliches Bekenntniss des Glaubens des Zeugen enthalten würde, ohne dass darum die Berufung auf Gott unterbleibt. Man legte offenbar nur darauf Gewicht, das verletzende einer ausdrücklichen Anrufung Gottes durch einen erklärten Atheisten zu vermeiden; alle Gläubigen aber, sie mögen ihren Glauben nun verleugnen oder nicht, sollten trotzdem unter der Einwirkung der feierlichen Beschwörung bleiben. „Die Zeugen u. s. w. leisten den Eid stehend . . . ., nach vorausgegangener Ermahnung des Richters über die Wichtigkeit des Aktes in sittlicher Hinsicht, über die religiöse Verpflichtung, welche die Gläubigen durch denselben vor Gott übernehmen und über die gegen falsches Zeugniss . . . . angedrohten Strafen". Die Lösung, welche der Frage in Italien gegeben wurde, geht also darauf hinaus, dass nach wie vor jedes Zeugniss durch einen die Anrufung Gottes enthaltenden Eid bekräftigt werden muss, dass Gesetz und Gericht sich in eine Erörterung der Frage, welche Bedeutung der Zeuge dieser Anrufung beilegt, nicht einlassen, ihm namentlich nicht gestatten, sich derselben zu entziehen, wohl aber dafür sorgen, dass jede Profanirung vermieden wird, die daraus entstehen könnte, dass der Zeuge selbst sich einer Betheuerungsformel bedient, die nach seiner Behauptung für ihn keinen Werth hat.

In allerneuester Zeit ist die Frage auch in Frankreich angeregt worden. Der Zeugeneid besteht dort lediglich im Gebrauch der Worte: „ich schwöre", ohne irgend einen eine Berufung auf Gott enthaltenden Zusatz; anders ist es aber mit dem Geschworneneide. Dies veranlasste den Abg. Humbert einen Antrag einzubringen, welcher allgemein „feierliches Versprechen" als mit dem Eide gleichbedeutend erklärt. Das Gesetz stiess aber im Senat auf Widerstand und ward auf den Geschworneneid beschränkt. (S. darüber Garraud, Z f. StRW III 166; die triester Gazzetta de' tribunale 1882 Nr 9; die Wiener jurist. Blätter 1883 Nr 9; Teichmann im GS 1882 S 307 ff.; Jeanvrot, La question du serment. Paris 1882.) — Ueber den analogen Streit im Königreich der Niederlande s. die von Teichmann a. a. O. gegebenen Daten und Regtsgeleerd Magazijn 1882 p 1 ss. (Swinderen), p 138 ss.

Arten von Zeugenaussagen entgegenbringen, durch das Verbot der Beeidigung Ausdruck geben: zu den an und für sich vorhandenen Gründen, von denen angenommen wird, dass sie die Bereitwilligkeit des Zeugen, die Wahrheit zu sagen, vermindern, tritt da noch die Beseitigung eines Mittels, das man sonst für geeignet hält, eine wahrheitsgemässe Aussage zu sichern; zu der Besorgniss, der Zeuge könnte unwahr aussagen, weil er dazu durch besondere Verhältnisse gedrängt wird, kommt die weitere, dass er in diesem Vorhaben durch das Bewusstsein bestärkt wird, er brauche seine Aussage nicht zu beeiden [46]. Der Vorgang ist eigentlich nur dadurch zu rechtfertigen, dass der Entwürdigung des Eides selbst vorgebeugt werden soll. Bei solchem Stande der Gesetzgebung ist indess das Zeugniss in seinem Werth noch um eine Stufe tiefer gesetzt, als welche es an und für sich einnehmen könnte. Das Zeugniss kann nur Glauben finden, insofern einerseits die Umstände, die es von Anbeginn zu einem verdächtigen stempeln, als im gegebenen Falle minder einflussreich sich darstellen, andererseits aber die Aussage die Gewähr der Wahrheit in sich selbst trägt oder durch andere Beweise positiv bekräftigt wird. Ist dies der Fall, so darf im Gegensatze zu dem oben gesagten auch der Mangel des Eides nicht so beurtheilt werden, wie z. B. wenn der Zeuge den Eid, zu dem er hätte zugelassen werden müssen, nicht leisten zu können erklärt. — Noch schwieriger ist die Würdigung des Einflusses der Nichtbeeidigung da, wo die Vereidigung zufällig unterblieb, was hauptsächlich dann eintritt, wenn in der Hauptverhandlung die Aussage eines in dem Vorverfahren gerichtlich vernommenen, dessen Vernehmung in der Hauptverhandlung aus den in § 250 deutsch. StPO bezeichneten Gründen unterbleiben musste, verlesen wird: der Zeuge hat einerseits in der Voraussicht ausgesagt, dass er später zum Eide werde angehalten werden, andererseits aber doch auch mit dem Bewusstsein, dass ihm in diesem Falle Gelegenheit geboten sein werde, seine Aussage abzuändern. Es hängt daher durchaus von der Würdigung der besonderen Verhältnisse des Falles ab, welches Gewicht dem Mangel des Eides beizulegen ist: es wäre unrichtig, diesen Mangel ganz unberücksichtigt zu lassen; doch würde die Aufstellung eines Grundsatzes, vermöge dessen ein solches Zeugniss unbedingt für minder werthvoll erklärt würde, als ein beeidigtes, gegen den das ganze Beweisrecht beherrschenden Grundsatz der freien Beweiswürdigung verstossen.

---

[46] Vgl. Planck, Syst. Darst. S 366.

2. Auch der Zeitpunkt der Beeidigung (vgl. Glaser, Handb. § 51 IV) ist für unsere Frage von Wichtigkeit. Die deutsche und österreichische StPO kommen darin überein, dass in der Regel die Beeidigung bis zur Hauptverhandlung verschoben werden soll. Man hat hier zwischen drei Uebeln zu wählen: entweder entbehrt die im Vorverfahren abgelegte Aussage und damit manche auf sie gestützte, für den Beschuldigten sehr empfindliche Maassregel sowie die definitive Einstellung des Verfahrens der im Eide liegenden Gewähr, oder man muss den Werth der Hauptverhandlung durch die Verlegung der Eidesleistung in das Vorverfahren, oder endlich den des Eides selbst durch Wiederholung und Häufung beträchtlich herabdrücken[47]. Die Lösung dieser Frage und der der Wiederholung des bereits abgelegten Eides hat für diese Stelle nur insofern Bedeutung, als man sich von dem frischen Eindruck des geleisteten Eides eine grössere Aengstlichkeit des Zeugen verspricht oder etwa meint, dass der Urtheiler Werth darauf legt, zu sehen, dass und wie geschworen wird. Die Hauptsache bleibt sich hier gleich, sobald nur dafür gesorgt ist, dass Zeuge und Urtheiler sich gegenwärtig halten, dass die eben abzulegende Aussage eine beeidete sei.

3. Noch mehr bestritten de lege ferenda ist die Frage der vorausgehenden oder nachfolgenden Beeidigung[48]; jeder dieser Vorgänge kann zu Gemüthshinterhalten und falschen Gewissensbeschwichtigungen missbraucht werden, jeder kann auch Anlass geben zu der Wahrheit abträglichen Missverständnissen. Es muss daher in dem einen wie in dem anderen Falle dafür gesorgt werden, dass dem Zeugen klar ist, dass er in diesem gegebenen Augenblick eine Aussage macht, welche der Richter als durch Eid bekräftigt ansehen wird. Auch in dieser Hinsicht sind die Individualitäten verschieden; aber im allgemeinen darf man annehmen, dass derjenige es mit der Wahrheit noch genauer nehmen werde, welcher schon geschworen hat und sich daher bei jedem Worte bewusst ist, dass es unter Eid gesprochen wird, als derjenige, welcher, während er aussagt, sich noch darüber im unklaren befindet, ob er schwören und was er beschwören werde. Will dieser dann unter dem Drucke unmittelbar bevorstehender Eidesleistung sein Gewissen nochmals erforschen und seine Aussagen nochmals sichten, so werden diese ihm nicht immer vollkommen erinnerlich sein. Es ist daher die in der deutschen und österr. StPO als Regel angeordnete vorausgehende Beeidigung für das richtige anzusehen; bei der Ausführung muss man

---

[47] Geyer, Lehrbuch § 139.

[48] S. die Literaturangaben in Glaser, Handb. § 51 Anm 35 u. 36, § 9 Anm 36.

jedoch die mit dieser Beeidigungsweise verbundenen Gefahren (denen, wie gesagt, bei der anderen Methode wieder andere gegenüberstehen) sich gegenwärtig halten und möglichst abschwächen. Auch im Verlauf derselben Vernehmung kann die Erinnerung an den geleisteten Eid nothwendig werden, während umgekehrt dem Zeugen nöthigenfalls klargemacht werden muss, dass er, ungeachtet der frühere Theil seiner Aussage für beschworen gilt, denselben im späteren Theile berichtigen könne und dazu verpflichtet sei.

III. Die der falschen Aussage drohende Strafe ist eine ausserordentlich wichtige Gewähr der Wahrheit der Aussagen; denn wo sittliche Motive nicht ausreichen, den Zeugen zur Wahrhaftigkeit zu bestimmen, liegt doch in der ihm von einer falschen Aussage drohenden Gefahr ein so mächtiges Motiv, sich derselben zu enthalten, dass ein sehr wirksames Gegenmotiv allein dasselbe überwinden könnte. Dieser mächtige Einfluss muss daher bei der Würdigung jeder Aussage mit in Rechnung gezogen werden.

1. Wenn das Gesetz das falsche Zeugniss als solches gar nicht, sondern nur den dasselbe begleitenden Meineid straft, wie das deutsche Reichsstrafgesetz, oder wenn man, wie das französische Recht [49] es thut,

---

[49] Vergl. namentlich Chauveau et Hélie, Théorie du code pénal, éd. Nypels, Nr 3047. 3048. Hélie, Pratique vol. II Nr 668. Der Wortlaut des Gesetzes muss einer nicht ganz ungezwungenen Auslegung unterworfen werden, damit man zu diesem Resultat gelange; man muss es für im Wesen des Zeugnisses gelegen erklären, dass es beeidigt werde. Immerhin hat sich daher ein Schriftsteller gefunden, der eine abweichende Ansicht vertritt: Rauter, Traité de droit criminel Nr 489 éd. Brux. 1837 p 294. 295. Haus führt in seinem Motivenbericht zum belgischen Strafgesetz (Nypels II 197) ausserdem noch Carnot an, den aber Rauter als Vertreter der entgegengesetzten Ansicht nennt. Die Wahrheit ist, dass Carnot bei Art. 361 des Code pénal Nr 24 nur einen Zweifel äussert: il serait difficile de ne pas voir un faux témoignage dans les faux renseignements. Rauter und Carnot sprechen übrigens nur von den kraft der discretionären Gewalt des Präsidenten vernommenen. Das belgische Strafgesetz von 1867 ist unter dem Eindruck dieser Schwankungen entstanden. Es war vorgeschlagen worden, neben dem falschen Zeugniss „falsche Aussagen“ (déclarations) mit einer Strafe zu belegen, welche jedoch bei Aussagen in Schwurgerichtsfällen nicht die volle Höhe der für jenes angedrohten Strafen erreichen sollte. Nach der Erklärung der Motive waren unter den falschen „Declarationen“ unter anderem alle nicht beeidigten Aussagen in der Hauptverhandlung gemeint, ausdrücklich hervorgehoben waren neben den kraft der discretionären Gewalt vernommenen Personen die wegen vorausgegangener Verurtheilung eidesunfähigen. Der Senat liess den einen geringeren Strafgrad für Schwurgerichtsaussagen statuirenden Artikel (im Gesetz 217) stehen, beseitigte aber, weil er nur an die bei den Zuchtpolizei- und Polizeigerichten nicht bestehende discretionäre Gewalt dachte, die Erwähnung der „fausses déclarations“ in den letzteren Fällen. Ausserdem fügte er die im Art. 225 des Gesetzes enthaltene Bestimmung

nur die beeidigte Aussage als Zeugniss gelten lässt und damit zu demselben Resultat gelangt, so ist damit ein neuer Grund gegeben, mit der Ausschliessung vom Eide sparsam zu sein; denn es werden dadurch diejenigen, von denen eine falsche Aussage am meisten zu fürchten ist, überdies der Straflosigkeit derselben versichert[50]. Ein solcher Stand der Gesetzgebung drückt den Werth des unbeeidigten Zeugnisses so tief herab, dass allerdings die Frage entsteht, ob dessen Zulassung überhaupt noch gerechtfertigt ist, gleichviel, ob es nun unter dem Namen Zeugniss oder als blosse Auskunft in die Lage gebracht wird, auf die Urtheiler einwirken zu können. Das französische Recht fügt dieser tief einschneidenden Beschränkung der Strafbarkeit des falschen Zeugnisses eine zweite hinzu: auch das beeidigte Zeugniss ist nicht strafbar, wenn es nicht in der Hauptverhandlung, sondern nur in der Voruntersuchung abgelegt wird[51]. Wo dies gilt, oder wo, wie dies nach deutschem Recht der Fall ist, die in der Voruntersuchung abgelegte Aussage, weil regelmässig unbeeidigt, eine directe strafrechtliche Verantwortlichkeit

---

bei, welche die zu Gunsten von „Angeklagten oder Beschuldigten" abgelegten Aussagen von Personen unter 16 Jahren und von unbeeidigt vernommenen Angehörigen des Beschuldigten der Strafbarkeit entzieht, wobei noch bemerkt ward, es liege darin ein ernstes Motiv, solche Aussagen nur mit der grössten Zurückhaltung zu gestatten. Ganz controversenfrei ist die Materie daher auch in Belgien nicht, obgleich der Zusammenhang wohl keinen Zweifel lässt, dass alle nicht unter Art. 225 fallenden falschen „Aussagen" strafbar sein sollen. Nypels, Législ. crim. de la Belgique II 218. 219. 195 sq. 276. 277. 299. 300. Wegen des regelmässigen Festhaltens des italienischen Rechts an französischen Vorgängen ist es doppelt interessant, zu sehen, dass auch in Italien die im Vorverfahren abgelegte falsche Aussage strafbar ist und die Praxis nur dafür sorgt, dass sie im Hauptverfahren gefahrlos geändert werden kann. S. die trefflichen Ausführungen (unbestritten ist die Frage nicht) von Borsani und Casorati §§ 749 ss., II 410 ss. L. Magno, Sulla punizione della falsa testimonianza. Milano 1879. Das englische Recht lässt auch in der Voruntersuchung nur beeidigte Zeugnisse zu und unterscheidet sie bezüglich der Strafbarkeit nicht von den in der Hauptverhandlung abgelegten; Archbold p 708.

[50] Mittermaier GS 1859 S 99 bespricht eingehend die aus der Straflosigkeit der sog. renseignements entstehenden Nachtheile, namentlich auch die daraus erwachsende Erschwerung der Wiederaufnahme des Verfahrens zu Gunsten des Verurtheilten.

[51] Chauveau et Hélie l. c. Nr 3047. 3048. Hélie, Pratique II Nr 673. Auch das ist nicht ganz unbestritten. Carnot wenigstens (l. c. Nr 11) macht eine Ausnahme für die Fälle, wo eine in der Voruntersuchung unter Eid abgelegte Aussage von Anbeginn an dazu bestimmt war, das Erscheinen des Zeugen in der Hauptverhandlung entbehrlich zu machen. — Vgl. noch GA 1867 § 835—858.

nicht begründet, wird eben damit der Werth der Aussage herabgesetzt [52], und es muss sich dies bei Verlesung derselben in der Hauptverhandlung fühlbar machen. Nach deutschem Recht kann übrigens daran nicht gezweifelt werden, dass die beeidigte Zeugenaussage auch dann strafbar ist, wenn sie vor dem Untersuchungsrichter abgelegt wurde [53].

2. Nicht minder wichtig ist aber für den Werth der Zeugenaussage, dass dem Zeugen die Berichtigung derselben möglichst erleichtert werde. Diese Rücksicht wäre eine entscheidende Rechtfertigung der (an und für sich sehr bedenklichen) Nichtbestrafung in dem Vorverfahren abgelegter Zeugenaussagen, wenn dies für sich allein irgend ausreichen würde und es nicht vielmehr nöthig wäre, dass auch in der Hauptverhandlung selbst gemachte Aussagen straflos berichtigt werden können. In dieser Hinsicht ist auf die Bestimmung des § 158 deutsch. StGB kein besonderes Gewicht zu legen. Die dagegen vorgebrachten strafpolitischen Bedenken [54] theile ich nicht, weil die Bedingungen der dort vorgesehenen Strafermässigung so gestellt sind, dass die Bestimmung nicht leicht praktisch werden kann; denn sie laufen eigentlich darauf hinaus, dass jemand sich selbst einer strafbaren Handlung beschuldigen und einer Strafe unterwerfen muss, ohne dazu durch eine schon sicher zu gewärtigende Untersuchung oder auch nur durch den für einen anderen bereits eingetretenen Rechtsnachtheil gedrängt zu sein. Bedenklich wirken würde die Bestimmung nur, wenn sie die Praxis abhielte, den straflosen Rücktritt vom Versuch so weit als möglich auszudehnen. Trotz mancher Streitigkeiten über den Augenblick der Vollendung des Delictes darf man als feststehend ansehen, dass derselbe mit der Beendigung der Aussage zusammenfällt, d. i. in der Regel „mit der ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärung der abnehmenden Behörde, dass die Abnahme

---

[52] Carnot l. c. Nr 10 rechtfertigt die regelmässige Nichtbestrafung der in der Voruntersuchung abgelegten Aussage eben damit: si l'on devait regarder comme ayant un caractère officiel et irréfragable les déclarations écrites des témoins, les débats dégénéreraient en une vaine formalité. Jedenfalls ist dies haltbarer, als die gewöhnliche Behauptung der französischen Schriftsteller von dem Mangel „eines Schadens oder der Möglichkeit eines solchen" (so noch Hélie, Pratique II Nr 673). Die umgekehrte Richtung schlägt das schottische Recht ein, nach welchem der Zeuge in der Hauptverhandlung verlangen kann, dass vor Beginn seiner Vernehmung das Protokoll über seine Aussage in der Voruntersuchung zerstört werde.

[53] v. Liszt a. a. O. S 154 und die daselbst angeführte Literatur.

[54] Dochow in Holtzendorffs Handbuch des Strafrechts III 248. Schütze, Lehrbuch 2. Aufl. S 313 Anm 19.

geschlossen sei"[55]. Bis dahin ist also straflos machender Rücktritt möglich. Allein da die Aussage in demselben Prozess ein Ganzes bildet, so würde, wenn das Gericht die schon geschlossene Vernehmung später wieder eröffnet, eben damit auch der frühere Zustand wiederhergestellt und die Möglichkeit des Rücktrittes wieder eröffnet sein; und dies muss wohl auch von dem Fall gelten, wo die Wiedereröffnung auf des Zeugen eigenen Antrag erfolgt.

3. Von Wichtigkeit ist hier auch die Frage, wie sich bei Verdacht eines falschen Zeugnisses das Gericht in der Hauptverhandlung zu verhalten hat. Der bekannte Art. 330 des Code d'Instr. enthält die Bestimmung, dass in solchem Falle der Vorsitzende den Zeugen sofort verhaften lassen könne. Diese Bestimmung steht in einem gewissen Zusammenhange mit dem ebenfalls dem Gericht eingeräumten Rechte, in der Sitzung begangene Delicte sogleich summarisch abzuurtheilen, und wirkt als eine Beschränkung dieser Befugniss. Auch in dieser Einschränkung ist sie zweischneidig. Einerseits kann es in Fällen, wo Verabredungen zu falschem Zeugniss, systematische Einwirkungen auf die Zeugen vorkommen, sehr nöthig sein, dass Ernst gezeigt werde; andererseits ist die Erklärung, es liege falsches Zeugniss vor, und daher nachdrückliche Verfolgung wegen desselben ohne Vorgreifen gegenüber dem Endurtheile kaum denkbar. Die sächsische

[55] Schütze a. a. O. S 312. Vgl. Liszt S 203, der mit Recht bemerkt, dass in der Hauptverhandlung das Protokoll gleichgiltig, im Vorverfahren dagegen dessen Abschluss entscheidend sei, wobei ich nur den im Text ausgedrückten Vorbehalt für die Wiedereröffnung des Verhöres mache. In der sehr reichhaltigen französischen Literatur dieser Frage scheint mir nur Rauter Nr 493 den richtigen Standpunkt einzunehmen. Die anderen gehen nicht vom Gesichtspunkt des Rücktrittes vom Versuch aus, sondern von der Unterstellung, dass das Zeugniss für das Gericht erst mit Abschluss der Hauptverhandlung „erworben" sei, was dann freilich die mannichfaltigsten Verwicklungen herbeiführt, z. B. wenn die Verhandlung eben wegen Verdachtes falschen Zeugnisses abgebrochen wird und erst nach Ausgang des Strafverfahrens wegen des letzteren wieder aufgenommen werden soll, — wenn der Zeuge ohnmächtig wird, ehe er seine Aussage vollenden konnte, — wenn der Widerruf erst in der Appellverhandlung erfolgt u. s. w. Siehe Chauveau et Hélie Nr 3065—3069 und die daselbst (in dem Zusatze von Nypels) reichlich angeführte Literatur. Dazu noch Hélie, Pratique II 404. 405 Nr 674. Rolland de Villargues bei Art. 361 § 3. Rogron, Code pénal expliqué, éd. Brux. 1845 p 212. 213. Borsani e Casorati §§ 752—756. — Art. 179 des ital. Regol. di procedura penale (vgl. dazu Mel p 105) bestimmt ausdrücklich, dass wegen der in der Voruntersuchung abgelegten falschen Aussage erst nach Beendigung des Prozesses (ultimato il processo, in cui il testimonio si è reso colpevole di falsità o di reticenza) gegen den Zeugen strafrechtlich vorzugehen ist. Borsani und Casorati weisen nach, dass dies vom beeidigten Zeugniss ebenfalls gelte.

StPO von 1855, deren Motive hierauf aufmerksam machten, räumte daher dem Gericht nur die Befugniss ein, die Verhandlung auszusetzen und eventuell den Zeugen bis zur Entscheidung über die Einleitung der Untersuchung in Verwahrung zu nehmen, welch letztere Befugniss ihm Schwarze aber auch ausser dem Falle der Aussetzung vindicirte. Die österreichische StPO erwähnt in § 277 in erster Linie die Aufnahme eines vom Zeugen zu unterschreibenden Specialprotokolles und giebt dem Vorsitzenden das Recht, den Zeugen auch verhaften und dem Untersuchungsrichter vorführen zu lassen; aber dadurch ist der Fall von der Bestimmung des § 278 über sofortige Aburtheilung in der Sitzung begangener Delicte ausgenommen. — Das deutsche GVG ertheilt für Civil- und Strafgerichte gleichmässig die Vorschrift, es habe, wenn eine strafbare Handlung in der Sitzung begangen wird, das Gericht den Thatbestand festzustellen und der zuständigen Behörde das darüber aufgenommene Protokoll mitzutheilen. „In geeigneten Fällen ist die vorläufige Festnahme des Thäters zu verfügen". Von dieser Bestimmung, deren Handhabung dem Gericht zukommt, ist der Fall des Meineids nicht ausgenommen.

IV. Die Art der Vernehmung der Zeugen muss so geregelt sein, dass sie die wichtigste Gewähr gegen Unwahrheit, Ungenauigkeit, gegen Missverständniss der Aussage und für die richtige Würdigung derselben bietet. Es ist nothwendig, hier die Anordnung der Vernehmung ausser und in der Hauptverhandlung zu sondern. Zweck und Umstände dieser beiden Vernehmungsarten sind von einander so verschieden, dass die Gewähr, die sie der Wahrheit bieten, auch eine ungleich vertheilte sein muss. Dass die überwiegenden Garantien in der Hauptverhandlung liegen und liegen müssen, braucht heute nicht mehr bewiesen zu werden. Nichts kann die Vortheile ersetzen oder aufwiegen, welche die mündliche Vernehmung vor den erkennenden Richtern und unter Mitwirkung der Parteien gewährt[56]. Aber immer-

[56] Schon Voltaire stellte in seinem Commentar zu Beccaria der auf dem Continent damals üblichen Vernehmung der Zeugen die der Römer mit ihrer contradictorischen Form entgegen: Cette procédure était noble et franche. In die römische Vergangenheit zurück- und in eine ihm noch entfernt scheinende Zukunft hinausblickend, stellt Filangieri die Vernehmung der Zeugen in der mündlichen, contradictorischen Verhandlung der allerdings ganz ungewöhnlich missbräuchlichen, die er in seiner nächsten Umgebung vor Augen hatte (der Richter liess, nachdem er den Zeugen mündlich gehört, ihn mit dem Protokollführer allein), mit folgenden beredten Worten gegenüber: „Etwas ganz anderes ist es, den Zeugen mit den eigenen, oder ihn mit den Ohren anderer zu hören. Ein nicht beachtetes Wort kann den Sinn der Aussage ändern. Die Art, wie gesprochen wird, kann dem Richter die Wahrheit oder Falschheit des Zeugnisses enthüllen. Selbst der Wort-

hin liegt es glücklicherweise auch hier nicht so, dass die Vernehmung im Vorverfahren in allem und jedem der in der Hauptverhandlung nachsteht. Die erstere erfolgt zu einer Zeit, wo in der Regel die Erinnerungen der Zeugen frischer sind, wo auf sie kein Einfluss von aussen her geübt worden sein kann, wo sie gewöhnlich kaum wissen, was von den ihnen bekannten Umständen abhängt, und sie also völlig unbefangen aussagen müssen; sie sind ferner zwar mit dem Untersuchungsrichter und dessen Schriftführer allein und insofern einer eventuellen Einwirkung ausgesetzt, zu welcher übrigens in der Mehrzahl der Fälle kein Motiv vorhanden ist; sie sind aber auch eben darum vorausgehenden Einwirkungen Betheiligter und namentlich Einschüchterungen weniger ausgesetzt, als dies in der Hauptverhandlung bei manchen Zeugen, und nicht bei der schlechtesten Classe derselben, der Fall ist. Aufgabe des Untersuchungsrichters ist es nun, nach Kräften die Vortheile, welche die Vernehmungsweise bietet, im Interesse der Verlässlichkeit der Aussage auszunutzen und die Gefahren derselben abzuschwächen.

Die Vernehmung in der Hauptverhandlung, namentlich wenn sie nicht die erste ist, trägt einen durchaus verschiedenen Charakter. Vorauszusetzen, dass der Zeuge nicht wisse, um was es sich handelt, ängstliche Vermeidung der Erwähnung von Umständen, die etwa bereits in aller Munde sind, wäre da oft übel angebrachte Pedanterie und würde dem Zeugen leicht den Eindruck machen, dass es sich um eine leere Formalität handelt. Die Aufforderung zu zusammenhängender Darstellung des dem Zeugen bekannten kann dagegen hier noch unbedenklicher vorgebracht werden, weil anzunehmen ist, dass derselbe nicht allzuweit vom Gegenstande abirren werde, da ihm dessen Begrenzung bereits bekannt ist. Das Augenmerk des die Vernehmung leitenden, der seinerseits weiss, was für Aussagen im allgemeinen zu erwarten sind, muss hier wesentlich auf Erzielung von Anschaulichkeit

---

wechsel (altercazione) mit dem Angeklagten kann die grössten Vortheile gewähren". Nicht minder schlagend und beredt ist Hélies Parallele zwischen beiden Vernehmungsarten (Revue de législation XVII 368, angeführt bei Bonnier I 441): „Die schriftlichen Aufzeichnungen . . . drücken das Wesen und den Sinn der Aussage aus, geben aber nicht die Worte des Zeugen; sie sind aufgenommen im Cabinet des Richters sans débats, sans contradiction, sans publicité . . . Le procès-verbal peut-il rapporter ces hésitations, ces longues réticences, les suggestions employées pour obtenir sa déclaration? Peut-il peindre son trouble, son accent, son émotion"? — Und doch bezeichnet es andererseits derselbe Schriftsteller als einen Grundsatz des Verfahrens (wohl nur des schwurgerichtlichen?), dass kein Zeuge mündlich vernommen werden soll, ohne dass seine Aussage vorher im schriftlichen Verfahren aufgenommen wurde.

und Uebersichtlichkeit für die übrigen Zuhörer gerichtet sein; es muss in natürlicher Aufeinanderfolge der Ereignisse die Erzählung, die der Zeuge bieten will, hervortreten; in zweiter Linie ist dann auf Entfernung von Zweifeln und Dunkelheiten, auf die Aufklärung scheinbarer Widersprüche hinzuwirken, in dritter auf die Erprobung der Aussage, auf die Hervorziehung alles dessen, was geeignet ist, Material für die Beurtheilung der Verlässlichkeit der Aussage zu bieten.

Alles dies weist schon darauf hin, dass die Urtheiler, wenngleich das Gesetz es nicht mehr unternimmt, selbst sie gegen Irreführung durch Zeugnisse zu schützen, keineswegs dieser Gefahr wehrlos gegenüber stehn. Vielmehr bietet der richtige Vorgang bei der Vernehmung der Zeugen Anhaltspunkte genug, zu prüfen, ob der Glaubwürdigkeit der Aussage Bedenken entgegenstehen, ob diese Bedenken durch sich darbietende Gegengründe oder durch positive Verhältnisse, welche die Wahrhaftigkeit oder doch die Verlässlichkeit der Zeugen verbürgen, überwunden werden? Diese Anhaltspunkte liegen aber: in der Persönlichkeit des Zeugen — in seiner Beziehung zu dieser Strafsache — in der Beschaffenheit seiner Aussage und in der Vergleichung ihrer Ergebnisse mit denen anderer vorhandener Erkenntnissquellen.

§ 3. Fortsetzung: II. Einfluss der persönlichen Verhältnisse des Zeugen auf den Werth seiner Aussage[57].

I. Das Lebensalter[58]. Obgleich auch hohes Greisenalter die Verlässlichkeit der Aussagen beeinträchtigen kann, weil es sehr häufig Schwächung des Erinnerungsvermögens, nicht selten auch Gebrechen mit sich bringt, welche die Leichtigkeit und Sicherheit der Mittheilung oder die richtige Auffassung der Fragen erschweren, ist es doch fast nur das jugendliche Alter, welches regelmässig als Beeinträchtigung des Zeugnisses ins Auge gefasst wird, und insofern mit Recht, als in den ersten Jahren des Lebens bis zu einer allerdings ziffermässig nicht zu bestimmenden Grenze absolute Unfähigkeit zur Wahrnehmung und Aussage besteht, und noch beträchtlich länger bezüglich vieler

---

[57] Seel, Beweis S 13 ff.

[58] Carpzovii Practica qu. 114 Nr 41. Zachariä, Grundlinien S 219. Derselbe, Handbuch II 443 Anm 16. Stübel, Criminalverfahren §§ 852—856. Kitka, Erhebung des Thatbestandes S 100 ff. Klenze, Lehrbuch S 100. Mittermaier, Beweis § 40 S 316 ff., italienische Ausgabe mit Zus. des Verf. S 390—392. Globig I 103. 104. v. Stemann im GS 1852 I S 80.



verwickelterer Gegenstände die erforderliche richtige Auffassung (quia rei intellectum capere non possunt) oder der erforderliche Ernst und das Gefühl der Verantwortlichkeit (l 15 § 1 D de quaest. 48. 18: aetas . . . suspectiores eosdem facit ad mentiendi facilitatem) fehlt. Dazu kommen dann Bedenken, allzu jugendliche Personen zum Eide zuzulassen, was bei Gesetzgebungen, welche, wie die englische, keine unbeeidigte Vernehmung gestatten, zur völligen Ausschliessung vom Zeugenbeweise führen muss. Das englische Recht legte bis zum st. 32 u. 33 Vict. c. 68 s. 4 das Gewicht so ausschliessend auf die Eidesfähigkeit, dass der Richter regelmässig nur zu untersuchen hatte, ob der jugendliche Zeuge die Bedeutung des Eides auffasse. Jetzt ist auch darauf nicht allein zu sehen, und es wird dem pessimistischen Satz: malitia supplet aetatem, der Satz: prudentia supplet aetatem entgegengestellt und daneben gefordert, dass der Richter sich davon überzeuge, dass das Kind die Gefährlichkeit und das sündige der Lüge begreift[59]. Das römische Recht hat nicht blos Stellen, welche impuberes für zeugnissunfähig erklären (speciell beim crimen vis, l 3 § 5 D de test. 22. 5), sondern auch solche, die dem Ankläger verbieten, Personen unter 20 Jahren als Zeugen zu laden (l 20 D eod.)[60]. Von da ging diese Ziffer in das kanonische[61] Recht und sodann in die Bambergensis (Art. 76b) über, die aber schon nur eine Ausschliessung von der vollen Beweiskraft, nicht von der Vernehmung und von der Benutzung der Aussage in Verbindung mit anderen Aussagen ausspricht. Die CCC war noch zurückhaltender; sie unterliess die ausdrückliche Erwähnung der 20 Jahre in ihrem entsprechenden

---

[59] Best §§ 151—156. Greenleaf I § 367. Roscoe p 106—108. Im schottischen Recht — Alison p 432—435, Macdonald p 518. 519 — ist die Frage der Zulässigkeit der Vernehmung von der der Eidesfähigkeit, welche mit dem 12. Jahre beginnt, sofern der Zeuge die Bedeutung des Eides fasst, ganz unabhängig.

[60] Geib, Geschichte S 628 Anm 360 bekämpft übrigens die Ansicht, dass auch nur die Unmündigen unfähige Zeugen gewesen seien, für die spätere Zeit unter Verweisung auf l 15 § 1 D de quaestionibus. Sie waren nur verdächtige. Dagegen stand jugendlichen Personen eine Befreiung vom Zeugnisszwang zur Seite; l 19 § 1 l 20 D de testib. Geib a. a. O. S 629 Anm 361. 362.

[61] C. 3 § 14 Caus. IV qu. 2. 3 bezieht Gross II S 9 u. 10, der Auffassung der älteren Juristen entgegentretend, nur auf den Anklageprozess. Für den inquisitorischen Prozess galt nur die Unmündigkeit als Grund der Zeugnissunfähigkeit. Die von der Glosse zu l 3 § 5 D de testib. gestellte und von den meisten älteren Juristen bejahte Frage, ob der Unmündige nach erreichter Mündigkeit als fähiger Zeuge rücksichtlich dessen zu betrachten sei, was er während seines unmündigen Alters noch wahrgenommen hat, verneint Gross. Umfassende Literaturangaben daselbst Anm 21 u. 22.

Artikel (66), was aber, da sie als genugsame Zeugen nur solche erklärt, die „mit keiner rechtmässigen Ursach zu verwerfen sein", nicht ändern konnte, dass das römische und kanonische Recht vollen Einfluss übten. Die deutschen Gesetzbücher zu Anfang des 19. Jahrhunderts bringen die volle Zeugnissfähigkeit mit der Eidesfähigkeit in Verbindung; das bayerische Strafgesetz von 1813 (Art. 288) erklärte Kinder unter 8 Jahren für schlechterdings untaugliche Zeugen, während es die Eidesfähigkeit und Vollgiltigkeit an das 18. Jahr knüpft. Im österreichischen Gesetz von 1803 wurde bereits die Grenze der Eidesfähigkeit an das vollendete 14. Lebensjahr gesetzt. Das französische Recht enthält über den Gegenstand eine sehr lückenhafte Bestimmung, insofern Art. 79 C. d'Instr. bezüglich der Voruntersuchung ausspricht, „dass Kinder beider Geschlechter unter 15 Jahren in der Form der Erklärung (par forme de déclaration) und ohne Eidesleistung vernommen werden können". Welchen Einfluss diese Bestimmung auf die Vernehmung in der Hauptverhandlung übe, war zu allen Zeiten streitig. Als gegenwärtig feststehende Behandlung des Gegenstandes kann man bezeichnen, dass der Vernehmung selbst nichts entgegensteht und dass der Vorsitzende nach seinem Ermessen, mit Rücksicht auf das mehr oder weniger vorgerückte Alter des Kindes, auf dessen Erziehung und das Maass seiner Intelligenz, darüber entscheidet, ob der Zeuge zu beeiden oder davon zu „dispensiren" sei, dass jedoch auf den Widerspruch einer Partei die Beeidigung unterbleiben muss [62]. Das neueste italienische, österreichische und deutsche Recht kommen darin überein, dass die Altersgrenze (16 Jahre nach § 56 Z. 1 der deutschen, 14 nach Art. 285 der italienischen und § 170 Z. 4 der österreichischen StPO) die Beeidigung, nicht die Vernehmung abschneidet, wobei das deutsche Gesetz der Beurtheilung des Gerichtes noch jenseits der Altersgrenze anheimstellt, ob der Zeuge „wegen mangelnder Verstandesreife oder wegen Verstandesschwäche von dem Wesen und der Bedeutung des Eides keine genügende Vorstellung habe". Es ist also das Alter zur Zeit der Wahrnehmung der zu bezeugenden Thatsachen gar nicht in Betracht gezogen und mit Recht der Eid auch über Vorfälle zugelassen und gefordert, welche sich im zartesten Kindesalter des Zeugen zugetragen haben. Die daraus, sowie aus dem Mangel der Eidesmündigkeit sich ergebenden Bedenken sind durchaus Gegenstand der Erprobung bei

---

[62] Morin, Répertoire verbo „Témoins" Nr 18. Hélie, Pratique I 380. 381 Nr 735. Bonnier I 434 Nr 340, welcher die facultative Zulassung zum Eide missbilligt, an der Zulassung zur unbeeidigten Vernehmung aber nicht zweifelt.



der Vernehmung und der Würdigung nach derselben. Es kann sich auch unter solchen Umständen Frische und Schärfe der Wahrnehmung und Erinnerung, Intensität des Eindruckes, ein hoher Ernst der Aufrichtigkeit zeigen, es kann die Flüchtigkeit der Jugend durch Unbefangenheit und Mangel an Berechnung weit aufgewogen werden. Ganz besonders aber wird es auf den Gegenstand der Vernehmung, ob er dem jugendlichen Alter mehr oder weniger zugänglich ist, ankommen. Ein Kind von fünf Jahren kann über die Identität einer Person, über eine vorgefallene und namentlich über eine erlittene Misshandlung möglicherweise ganz verlässliche Auskunft geben; es über die Einzelheiten eines Wechselgeschäftes, eines politischen Gespräches auch nur zu fragen, wäre Verletzung des gesunden Menschenverstandes. Lässt sich daher auch keine feste, für alle Fälle maassgebende Altersgrenze bestimmen, so giebt es doch Fälle, wo die Unmöglichkeit einer unter den Gesichtspunkt der Beweisaufnahme zu bringenden entsprechenden Vernehmung schon sofort erkennbar ist. Darauf abzielende Beweisanträge sind also abzulehnen, und da wird es dann nöthig sein, das Zwischenerkenntniss durch Hervorhebung der für den concreten Fall entscheidenden Umstände zu begründen. Das gleiche gilt von Fällen, wo zwar ein Versuch der Vernehmung gemacht wird, dieser aber ergiebt, dass eine verlässliche Aussage nicht zu erwarten ist, und deshalb das Verhör abgebrochen wird [63].

---

[63] Auch das Geschlecht ward früher in Betracht gezogen, und bezweifelt, ob Weiber überhaupt oder doch vollgiltig Zeugniss geben können. L 18 D de testib. folgert erst aus der Ausschliessung der verurtheilten adultera: etiam mulieres testimonii in judicio jus habere. Obgleich diese Stelle wörtlich ins kanonische Recht (c. 2 C 15 qu. 3) überging und daselbst die Frauen nur von dem Recht der Anklage (mit erheblicher Ausnahme) ausgeschlossen sind, überdies nicht blos der nächstfolgende can. 3, sondern auch c. 3 X de testib. 2. 20 die Zulassung der Frauen als Zeugen bestätigt (vgl. Gross II 10 u. 11), so hat doch c. 10 i. f. X de V. S. 5. 40 (nam varium et mutabile testimonium semper foemina producit) einen solchen Einfluss geübt, dass nicht nur Farinaccius mit allem Nachdruck ihre Ausschliessung behauptet (cum foeminam mendacem, fallacem, perjuram, dolosam, mutabilem, fragilem, variam, corruptibilem et his similia et antiqui et moderni humanarum et legalium litterarum interpretes undique communiter exclament; qu. 59 Nr 4), sondern selbst die Bambergensis (Art. 76) nachfolgt. Allerdings werden überall Ausnahmen hinzugefügt, die die Regel aufheben. Kress (zu Art. 64 der CCC) sieht gerade in dieser Erwähnung der Weiber den Grund dafür, dass die ganze Stelle nicht aus der Bambergensis in die Carolina überging, und dass man es beim römischen Recht bewenden liess. Böhmer, Observationes sel. ad Carpzov. obs. 5 ad qu. 114 Nr 40) meint die dem kanonischen Recht beigemessene Ausschliessung der Frauen ex furore coelibatus ableiten zu sollen, bezeugt aber, die Praxis sei längst darüber hinausgegangen. Vgl. Kleinschrod im AA VI

II. Andere Zustände, welche die Fähigkeit der Wahrnehmung oder der Mittheilung beeinträchtigen, die Verantwortlichkeit für das Zeugniss oder das Bewusstsein derselben beseitigen[64].

1. Hier kommen vor allem Mängel der Sinne in Betracht. Fehlt einem zu vernehmenden ein Sinn vollständig, so versteht es sich von selbst, dass er nicht über Wahrnehmungen, die er zu einer Zeit, wo ihm der Sinn fehlte, der für solche unentbehrlich ist, gemacht haben soll, vernommen werden kann. Aber auch bezüglich der durch andere Sinne zu vermittelnden Wahrnehmungen ist seine Verlässlichkeit geschwächt, denn es fehlt hier die so wichtige gegenseitige Controle der Sinne; der blinde Zeuge hört allerdings so gut und häufig viel besser, als andere; allein bei der Wiedergabe fremder Worte kann er die Frage, wer sie gesprochen, nur auf Grund des Gehörs beantworten; er konnte nicht sehen, wer sprach, und die erläuternden Geberden u. s. w. entgehen ihm. Ebenso kann umgekehrt der Taube eine Handlung irrig auffassen (z. B. Scherz für Ernst nehmen), weil er die begleitenden Worte nicht hört. Seine Wahrnehmung ist eine unvollständige. Personen, welche an solchen Gebrechen von Jugend auf leiden, sind überdies dadurch in ihrer geistigen Entwickelung gehemmt; es fehlt ihnen jene volle Kenntniss der Menschen und der Verhältnisse, welche zur richtigen Auffassung des wahrgenommenen oft nothwendig ist; je grösser ihre Absperrung von der Aussenwelt ist, desto mehr ist auch eine bedenkliche Einwirkung auf ihren Charakter, ihr Verantwortlichkeitsgefühl und ihre Geneigtheit, die Wahrheit zu sagen, zu besorgen. Insbesondere bei Taubstummen, bei welchen überdies noch Schwierigkeiten der Verständigung hinzukommen können, hat man stets geglaubt, sehr vorsichtig in der Entgegennahme und Beurtheilung ihrer Aussagen sein zu müssen, wenngleich die der Ausbildung der Taubstummen jetzt zugewendete Sorgfalt heute nicht mehr daran denken lässt, dass einst die Vermuthung aufgestellt wurde, der taubstumm geborene sei blödsinnig[65].

Stück 3 S 60. Mittermaier, Beweis § 43 S 345. 346. Zachariä, Grundlinien S 220. 221.

[64] Farinaccius, Tractatus de testibus; qu. 61 de teste furioso Nr 1 sq.; de teste coeco Nr 19 sq.; de teste muto et surdo Nr 36—56. Stübel, Criminalverfahren §§ 852. 854. Globig a. a. O. II 146 ff. Zachariä, Grundlinien S 220. Derselbe, Handbuch II 443 Anm 17. Mittermaier, Beweis § 41 S 319 ff., italienische Ausgabe mit Zusätzen S 392. Best §§ 146—150. Roscoe p 108. 109. Alison p 433—435. Macdonald p 520—522. Morin, Répert. sub verbo „Témoins“ Nr 18. Gross II 8 u. 9.

[65] Farinaccius qu. 61 Nr 36: Opponitur contra testem, quod est mutus

2. Blosse Schwäche des Verstandes, selbst wenn sie sehr weit geht, ist sicher nicht ein Grund, die Aussage zurückzuweisen, nur sie sehr sorgfältig zu prüfen[66]. Von besonderer Wichtigkeit ist Schwäche des Gedächtnisses; wo sie bemerkbar wird, muss die Leistungsfähigkeit des Gedächtnisses ebenso erprobt werden, wie die eines schwachen Sinnes; das Ergebniss der Probe entscheidet dann darüber, ob der Aussage Glauben geschenkt, ja selbst, ob eine Frage in der Richtung zugelassen werden kann[67].

3. Auch wo eine eigentliche Geistesstörung vorhanden ist, kann die unbedingte Unzulässigkeit einer Aussage nicht ohne weiteres ausgesprochen werden[68]. Die offenbar auf Solennitätszeugen berechnete Pandektenstelle: furiosus absentis loco est (l 124 § 1 D de R. J. 50. 17) hat bei den älteren Juristen den Ausgangspunkt für sehr kategorische Ausschliessungen gebildet. In Frankreich geht man in Bezug auf die Zulassung geisteskranker Zeugen sehr weit. „Die Geisteskrankheit, auch wenn sie zur Interdiction geführt hat, kann allerdings den Werth des Zeugnisses abschwächen, macht aber nicht unfähig zum Zeugniss", so resumirt Hélie eine Reihe von Entscheidungen des Cassationshofes, fügt aber als seine Meinung hinzu: In solchem Falle ist es passend (il convient), dem Zeugen die Eigenschaft als solcher durch Einverständniss der Parteien oder Erkenntniss des

---

et surdus, qui cum imprudens reputetur, imbecillisque etiam a jure judicetur, aequiparetur non solum absenti, sed etiam mortuo. (Die dafür vorgebrachten Gründe sind rein äusserliche Spitzfindigkeiten.) Vgl. Best § 148: A person deaf and dumb by birth is presumed by law to be an idiot. Auch im englischen Recht ist indess diese absolute Ausschliessung längst aufgegeben; im Gegentheil wird selbst die Vermittelung durch Personen, welche überhaupt mit Taubstummen verkehren, nicht für unerlässlich gehalten; in einem Falle, wo die Schwester des Zeugen allein sich mit ihm verständigen konnte, ward die Vernehmung durch deren Vermittelung zugelassen. Greenleaf I § 366. Roscoe p 108. 109. Alison p 486. Ueber Taubstumme zu vergleichen v. Krafft-Ebing GS 1874 S 159. — GA 1853 S 612 ff., 1855 S 524 ff., 1862 S 403—407, 1864 S 801—804. Perrève, Manuel des cours d'assises p 243. 244.

[66] Schon Farinaccius unterscheidet scharf zwischen furiosi, mente capti, dementes et etiam fatui, qui nullum prorsus habent intellectum, und denjenigen, welche si essent homines simplices, insipidi, grossi, non tamen intellectu carentes etsi integrum animi vigorem non habentes; quae enim de furiosis dicuntur, ad hujusmodi genus hominum minime extenduntur (qu. 61 Nr 18).

[67] Kleinschrod im AA VI St. 3 S 38. 39.

[68] Mittermaier, Können Personen, welche an Seelenstörung leiden, als Zeugen in strafrechtlichen Verhandlungen vernommen werden? ANF 1853 S 460 ff. v. Krafft-Ebing, Ueber die Fähigkeit, im Irresein und anderweitigen psychopathischen Zuständen Zeugniss vor Gericht abzulegen. GS 1874 S 155 ff.

Gerichtes zu nehmen und ihn als Auskunftsperson zu vernehmen[69]. In neuester Zeit hat man namentlich in England Anlass gehabt, sich die Mannichfaltigkeit der hier möglichen Fälle und die Gefährdung der Rechtsordnung, welche aus der unbedingten Ausschliessung des Zeugnisses Geisteskranker entstehen kann (z. B. bei Verbrechen, die an solchen, zumal in einer Irrenanstalt begangen werden), gegenwärtig zu halten. Es sind besonders die Unterbrechungen der Geistesstörung durch lichte Zwischenräume und die Beschränkung der Störung (partielle Geistesstörung) auf gewisse Richtungen (fixe Ideen, Hallucinationen), welche die Möglichkeit zu gestatten scheinen, in Zeiten oder bezüglich solcher Gegenstände, welche von der Störung nicht berührt werden, eine verlässliche Aussage zu erlangen. Es ist nicht zu verkennen, dass, wenn feststeht, dass der Zeuge zur Zeit der Wahrnehmung von der Krankheit nicht beeinflusst war und im Augenblick der Vernehmung ebenfalls derselben entrückt ist, kein genügender Grund gegeben ist, von vornherein seiner Aussage allen Werth blos darum abzusprechen, weil er zu anderen Zeiten unter Erscheinungen der Geisteskrankheit litt und denselben noch unterworfen ist; noch einleuchtender scheint es zu sein, dass sogenannter partieller Wahnsinn kein unbedingtes Hinderniss der Vernehmung bilden könne[70]. Auf der anderen Seite steht aber allerdings die grosse Schwierigkeit, nachträglich mit Verlässlichkeit den Zustand festzustellen, in welchem sich ein solcher Zeuge zur Zeit der Wahrnehmung befand, und die Verwirrung, welche seither eingetretene Krankheitserscheinungen in seine Erinnerungen gebracht haben können, zu bemessen. Das wichtigste aber ist, dass wiederkehrende Erscheinungen der Geisteskrankheit auf einer Störung des Organismus beruhen müssen, deren Fortdauer angenommen werden muss, so lange jene wiederkehren, und dass Wahnvorstellungen, wenn sie auch noch so vereinzelt sind, eben den Beweis einer vorhandenen Abweichung vom gesunden, normalen Geisteszustand liefern und mit Sicherheit nicht gesagt werden kann, wie weit sich die Wirkung erstreckt. Es bedarf daher jedenfalls einer

[69] Hélie, Pratique I 381 Nr 763. Unter den angeführten Cassationshofentscheidungen ist eine vom 12. Oct. 1837, welche es als zulässig erklärt, dass ein Blödsinniger (atteint d'idiotisme) eidlich vernommen werde. Rolland de Villargues Art. 322 Code d'Instr. Nr 66.

[70] Bei einer eingehenden Besprechung der Frage vor dem englischen Appellhof bemerkte einer der Richter: Es wäre verhängnissvoll, wegen blosser Wahnvorstellungen Zeugen unbedingt auszuschliessen. „Menschen, die zu den grössten und weisesten des Geschlechts gehörten, litten an einzelnen Wahnvorstellungen". Lord Campbell wies namentlich auf Sokrates und seinen Dämon hin.



genauen, unter Mitwirkung berufener ärztlicher Fachmänner vorzunehmenden Vorprüfung, ehe solche Zeugen überhaupt zu Aussagen zugelassen werden; ergiebt diese nicht die Gewissheit der unbedingten Unverlässlichkeit, so ist die Aussage entgegenzunehmen und allerdings auf das sorgfältigste zu erproben und zu würdigen (namentlich durch Vergleichung mit von der Aussage unabhängigen Beweismomenten und durch genaue Erforschung des Grades der Gefahr einer Beeinflussung der speciellen Aussage durch Wahnvorstellungen). Sehr wünschenswerth ist es, dass der Vernehmung solcher Zeugen in der Hauptverhandlung eine Vernehmung im Vorverfahren (oder auch, bei Unterbrechung der Sitzung, ausserhalb der eigentlichen Hauptverhandlung) vorausgehe; und dabei wird es auch möglich sein, den Rath Krafft-Ebings zu befolgen, „der gerichtlichen Vernehmung der Irren den Charakter einer feierlichen Gerichtshandlung zu nehmen und sie vielmehr in Form einer einfachen Conversation, die nach Bedürfniss wiederholt werden könnte, vorzunehmen, da in ersterem Falle die Kranken leicht verwirrt und befangen werden und dadurch falsch aussagen oder zu gerichtlicher Deposition unvermögend werden". — Bei der Würdigung der Aussagen solcher Personen muss ferner berücksichtigt werden, dass jene Garantie der Wahrhaftigkeit, welche die strafrechtliche Verantwortlichkeit für die Aussage bietet, hier fehlt (obgleich weder der Mangel strafrechtlicher Zurechnungsfähigkeit, noch eine gerichtliche Verfügung der Curatel wegen Geisteskrankheit an und für sich den über Zulässigkeit und Werth der Zeugenaussage entscheidenden Strafrichter bindet).

4. Nicht minder bedenklich sind die Zustände, welche, ohne eigentlich als Geisteskrankheiten zu erscheinen, vorübergehende Störungen[71] der regelmässigen Geistesthätigkeit bedingen (wie sich

[71] Krafft-Ebing a. a. O. Mittermaier im ANF 1856 S 142 ff. (Chloroformirung und künstlicher Schlaf); GA 1867 S 606 ff. (Die Magnetisirung und Aetherisirung in forensischer Beziehung). In der Allgemeinen österreichischen GZ 1855 Nr 106 ff. ist ein vortrefflicher Bericht von R(izy) über einen auch in den eben angeführten Abhandlungen benutzten Criminalprozess enthalten, in welchem eine im Zustande des magnetischen Schlafes angeblich genothzüchtigte durch gerichtlich bestellte Sachverständige (in der Voruntersuchung) in magnetischen Schlaf zu dem Zwecke versetzt wurde, um in diesem Zustande gerichtlich vernommen zu werden. Vgl. hierüber auch noch Mittermaier im ANF 1855 S 293 ff. Ein ähnlicher Fall ist auf Grund von Berichten des Eco dei tribunali aus Venedig in der Allgemeinen österr. GZ 1863 Nr 27 u. 38 unter Anführung der beiderseits vorgebrachten Gründe besprochen; in diesem Falle bemerkte der Staatsanwalt, der die Vernehmung im magnetischen Schlaf (in der Hauptverhandlung) beantragte: „Mein Antrag geht nicht dahin, die Beschädigte als Zeugin zu vernehmen, um so ein

das österreichische Strafgesetz ausdrückt: „bei abwechselnder Sinnenverrückung zur Zeit, da die Verrückung dauerte"). Hier wird man allerdings genauer den Zeitpunkt der Wahrnehmung und den der Aussage auseinander halten müssen. Selbstverständlich wird man ohne besonderen Grund niemand als Zeuge vernehmen, der sich in solchem Zustand befindet, sondern dessen Vorübergehen abwarten. Anders steht es dagegen, wenn es sich um Störungen handelt, unter welchen der Zeuge zur Zeit des Vorfalles litt, über den er aussagen soll. Bezüglich der am häufigsten vorkommenden Form solcher Störung, der Trunkenheit, muss zunächst durch Vernehmung anderer, nöthigenfalls des Zeugen selbst, der Grad der Trunkenheit festgestellt, dann aber in der Regel zur Vernehmung über die Sache geschritten werden, da die Befragung des Zeugen, die Sichtung seiner Eindrücke und Erinnerungen den besten Aufschluss über den Werth seiner Aussage giebt. Ausserordentlich zweifelhaft ist dagegen die Zulässigkeit von Aussagen über Wahrnehmungen im Zustande der Narkose; es ist dies regelmässig ein Zustand vollständiger Bewusstlosigkeit, und es ist dem darin befindlichen ebenso unmöglich, in demselben Wirklichkeit und Täuschung auseinander zu halten, als auch sich die damaligen Eindrücke in die Erinnerung zurück zu rufen. Dasselbe gilt von den Zuständen des Traumwandelns und dem sogen. magnetischen Schlaf[72], wie derselbe, vielfach immer wiederkehrenden Behauptungen zufolge, von Zeit zu Zeit vorkommt. Die dem letzteren Zustande zugeschriebene doppelte Eigenthümlichkeit, dass er willkürlich hervorgerufen werden kann und dass durch die Versetzung in denselben die während des normalen Befindens verlorene Erinnerung an das in diesem Zustande erlebte wieder geweckt wird, regt hier auch noch die weitere Frage an, ob es gestattet sei, Zeugen zum Zweck ihrer Vernehmung (selbstverständlich nur mit ihrer Zustimmung) in den sogenannten magnetischen Schlaf zu versetzen. Allen diesen Vernehmungen fehlt das Merkmal der Beweisführung und Beweisaufnahme; sie tragen den Charakter des Experimentes, welches im Vorverfahren unbedenklich zugelassen werden kann, weil es Material für weitere Nachforschung zu bieten vermag; in der Hauptverhandlung, wo das Gericht dafür sorgen soll, dass nur Beweismaterial vorgeführt werde,

---

Beweismittel zu erlangen, sondern nur dahin, die Inzichten des Verbrechens . . . . zu sammeln".

[72] In einer sehr nüchternen auf sorgfältige Beobachtungen gestützten Darstellung bespricht Paul Richet, Revue des deux mondes 1880 t. 37 p 340 ss., bes. p 366 ff., die während des magnetischen Schlafes entstehenden Vorstellungen und die Frage, ob sie abhängig seien von dem Willen des Magnetisirenden.

erscheinen Vernehmungen von so problematischem Werth nur dann zulässig, wenn sich erwarten lässt, dass eine objective Erprobung der zu gewärtigenden Aussage die Prüfung des Werthes derselben wenigstens annähernd ermöglicht.

5. Die Vernehmung schwer kranker Personen, wenn sie nicht im Zustande des Deliriums sich befinden, ist an sich unbedenklich; natürlich muss beachtet werden, ob nicht der Krankheitszustand Momente mit sich bringt, welche die Glaubwürdigkeit der Aussage beeinträchtigen. Eine besondere Stellung nahm in dieser Hinsicht stets die Aussage von Sterbenden, namentlich des sterbenden Opfers der strafbaren Handlung ein. Die Unmöglichkeit nachträglicher Ersetzung eines unentbehrlichen Zeugnisses und der bei einem Sterbenden, wenn er sich seiner Lage bewusst ist, vorauszusetzende ernste Wille, die Wahrheit zu sagen, machten vielfach geneigt, solche Aussagen vor anderen zu bevorzugen; in England ist hier allein auf das Erforderniss unmittelbarer Vernehmung in der Hauptverhandlung verzichtet und mittelbares Zeugniss zugelassen worden; noch die österreichische StPO von 1853 stellte (§ 140 Z. 4) eine solche unbeeidigte Aussage der beeidigten Aussage eines und der unbeeidigten Aussage zweier Zeugen gleich. Auf der anderen Seite steht aber allerdings auch, was bei Würdigung der ohnehin der Gewähr der Unmittelbarkeit entbehrenden Aussagen solcher Art zu berücksichtigen ist, die Gefahr der Einwirkung der so zerstörend auftretenden körperlichen Leiden und bei gewissenlosen Personen, die ihren Tod erwarten, die Gefahr einer Bosheit, deren Folgen sie nicht erreichen können: Gründe, welche gewiss nicht gegen die Zulässigkeit solcher Angaben, wohl aber für die Nothwendigkeit einer vorsichtigen Erprobung derselben sprechen.

III. An die Würdigkeit und sittliche Verlässlichkeit des Zeugen wurden im älteren Recht sehr hohe Anforderungen gestellt. Man brachte die Frage theils unter den Gesichtspunkt einer den Parteien und zumal dem Ankläger auferlegten Beschränkung — was im alten Rom ein Gegengewicht gegen die Auslieferung des Anklagerechtes an jeden Bürger bildete, auf dem durch die germanischen Rechte vorbereiteten Boden an die Tradition der Eidhelfer und anderer ausgewählter Zeugen anzuknüpfen schien —, theils unter den einer Schmälerung der Rechte, welche der zu vernehmende Zeuge durch seine Lebensweise verdient habe[73]. Die Hauptstelle der römischen

[73] Aufs höchste gespannt ist dies in c. 10 X de V. S. 5. 40: Testes autem considerantur conditione, natura et vita. Conditione, si liber, non servus, nam saepe

Rechtsquellen, die bekannte l 3 § 5 D de testib. (22. 5) fasst die verschiedensten unter den Gesichtspunkt der Indignität fallenden Ausschliessungsgründe zusammen [74]. Ausser dieser umfassenden Aufstellung sind noch Specialordnungen zu berücksichtigen, welche gegen Personen gerichtet sind, die wegen Ehebruchs, wegen Schmähschriften oder calumnia verurtheilt wurden [75]. Diese Ausschliessungen sind aber keineswegs durchaus unbedingt; die Gesetze gestatteten, namentlich so weit es sich um die blosse Niedrigkeit des Standes handelte, eine Ausgleichung des Standesunterschiedes durch die dem Zeugen auferlegte Folter [76]. Ueberhaupt aber fliessen auch hier Bedenken gegen die Zulässigkeit und gegen die Glaubwürdigkeit der Zeugen fortwährend ineinander, und so löst sich, was auf den ersten Blick als Ausschliessung erscheint, in eine Mahnung auf: Quod legibus omissum est, non omittetur religione judicantium, ad quorum officium pertinet, ejus quoque testimonii fidem, quod integrae frontis homo dixerit, perpendere (l 13 D de testib.) [77]. Es kommt dann für die

servus metu dominantis testimonium supprimit veritatis . . . Vita, si innocens et integer actu: nam si vita bona defuerit, fide carebit: non enim potest justitia cum scelerato homine habere commercium.

[74] Lege Julia de vi cavetur, ne hac lege in reum testimonium dicere liceat ei, qui se ab eo parenteve ejus liberaverit . . ., quive judicio publico damnatus erit, qui eorum in integrum restitutus non erit, quaeve in vinculis custodiave publica, quive ad bestias ut depugnaret se locaverit, quive palam quaestum faciet feceritve, quive ob testimonium dicendum vel non dicendum pecuniam accepisse judicatus vel convictus erit. Nam quidam propter reverentiam personarum, quidam propter lubricum consilii sui, alii vero propter notam et infamiam vitae suae admittendi non sunt ad testimonii fidem.

[75] Geib S 332 ff. 626. 627. Escher, De testium ratione p 24 ss. Carpzovii Practic. qu. 114 Nr 28—34. Filangieri l. III p. I cap. 9 p 314 sq. Vgl. Kleinschrod a. a. O. S 54 ff. Zachariä, Grundriss S 221—223.

[76] L 21 § 2 D de testib.: Si ea rei conditio sit, ubi arenarium testem admittere cogamur, sine tormentis testimonio eorum credendum non est. Eine interessante Spur der Nachwirkung dieser römischen Monstrosität findet sich bei Bertolotti, Francesco Cenci. 2. ed. Firenze 1879 p 52.

[77] Den reichhaltigsten Katalog aus Gründen dieser Art ausgeschlossener findet man wieder bei Farinaccius qu. 56: Infames Nr 1—125, De teste criminoso Nr 126 sq., carcerato vel accusato Nr 167 sq., perjuro Nr 186 sq., judaeo, haeretico ac infideli Nr 205 sq., excommunicato, concubinario, adultero seu existenti in peccato mortali Nr 240 sq., bannito Nr 301 sq., usurario Nr 352 sq., lenone et meretrice Nr 358 sq., de teste Birroario Nr 370 sq. und eine beträchtliche Anzahl anderer Nr 399 sq.; hier werden nämlich noch erwähnt: spurii, blasphematores, Spieler, Trunkenbolde, histriones et buffones, decocti et falliti, Hochverräther und deren Kinder, unter Curatel gestellte Verschwender; ganz entschieden wird der fustigatus ausgeschlossen (und dafür Mascardus angeführt: quod si mille annos fustigatus viveret, non potest esse testis); auch der gerichtlich überwiesene calumniator wird,

italienischen Praktiker und deren Nachfolger weiter die auf diesem Gebiet fast alle Regeln durchbrechende Ausnahme: quodsi veritas aliter haberi non potest[78], und die Zurückführung der Ausschliessung auf eine erhebliche Minderung der Glaubwürdigkeit hinzu[79]. An diesem Stande der Dinge konnte es nichts ändern, dass die Carolina sich darauf beschränkte, für „genugsame" Zeugen nur „unbeleumdete" zu erklären (Art. 66), daneben aber anzuordnen, dass unbekannte Zeugen „auff anfechtung des gegentheyls (Zusatz der CCC gegenüber der Bambergensis) nicht zugelassen werden sollen" (Art. 63).

Als Grundzug des heutigen Rechtes muss im Gegensatz zu diesen verworrenen älteren Vorgängen festgehalten werden, dass niemand wegen Unwürdigkeit oder Unverlässlichkeit völlig ausgeschlossen ist. Der letzte Rest der früheren Ausschliessungen vom Zeugniss hat sich in eine den Zeugen als verdächtig bezeichnende Ausschliessung vom Zeugeneide umgewandelt, welche nach § 56 Z. 2 der deutschen StPO Personen trifft, „welche nach den Bestimmungen der Strafgesetze unfähig sind, als Zeugen eidlich vernommen zu werden", und nach § 170 Z. 2 und 3 der österreichischen StPO diejenigen, „die sich wegen eines Verbrechens in Untersuchung befinden oder wegen eines solchen zu einer Freiheitsstrafe verurtheilt sind, die sie noch abzubüssen haben; diejenigen, welche schon einmal wegen falschen Zeugnisses oder falschen Eides verurtheilt worden sind"[80]. — Ebenso bestimmt

---

wenngleich minder entschieden, zurückgewiesen, und dasselbe gilt de continuo litigatore et litium redemptore: tales homines omnia mala sciunt et omnia mala faciunt, ideo sicut calumniator a testificando repellitur.

[78] Carpzow qu. 114 Nr 35—37 sq. bemüht sich zwar, den Begriff einigermaassen festzustellen; eine scharfe Abgrenzung erreicht er aber nicht, will sie auch nicht erreichen.

[79] Carpzow a. a. O. Nr 38: Licet testes inhabiles plenam fidem non faciant, qualis-qualis probatio tamen ex eorundem depositione inducitur.

[80] Geyer § 137 I Nr 2. Glaser, Handb. § 51 III Nr 2 und die daselbst angeführte Literatur. Der Sache nach steht das französische Recht auf demselben Boden, nur erreicht es einen weiteren Kreis von Personen: alle zu einer peine afflictive ou infamante verurtheilten und alle durch Urtheil ausdrücklich vom Zeugniss ausgeschlossenen. Diese Personen werden zwar als unfähig, Zeugniss abzulegen, erklärt; da sie aber als unbeeidigte Auskunftspersonen (et de déposer en justice autrement que pour y donner de simples renseignements) vernommen werden können, so trifft sie eigentlich nur die Ausschliessung vom Zeugeneid. So fasst wenigstens Hélie, Instr. crim. § 636 III, VIII 691; 2. éd. Nr 3482; éd. Brux. Nr 4970; Pratique Nr 734, die Sache auf; anders stellt sichs allerdings nach einem von ihm nachdrücklich bekämpften Erk. des CH v. 23. Febr. 1850, nach welchem die unbeeidigte Vernehmung des unfähigen Zeugen ein Akt der discretionären Gewalt des Präsidenten wäre. Damit wäre sie nämlich auf das Schwurgerichtsverfahren beschränkt, und die Parteien

muss aber ausgesprochen werden, dass sehr viele der von älteren Juristen hervorgehobenen Verhältnisse die grösste Beachtung verdienen, sobald es sich darum handelt, die Glaubwürdigkeit der Zeugenaussage zu beurtheilen. Daraus erwachsen aber schwierige prozessuale Aufgaben:

1. Nicht ohne Grund äusserte das ältere Recht ein gewisses Misstrauen gegen unbekannte Zeugen; bei Personen, deren Verhältnisse überhaupt nicht bekannt sind, ist die Erforschung von Umständen, welche geeignet sind, ihre Glaubwürdigkeit zu beeinträchtigen, mit grossen, nahezu unüberwindlichen Schwierigkeiten verbunden. Die gewöhnliche Frist, welche die Gesetze für die Nachforschung nach Zeugen sichern (deutsche StPO § 221, österreichische § 222), reicht dazu oft ebenso wenig aus, als die dem Angeklagten und Vertheidiger zur Verfügung stehenden Mittel. Anträge auf Nachforschungen über die Persönlichkeit des Zeugen können daher in der Voruntersuchung mit vollem Recht gestellt werden und im späteren Verfahren Beachtung verdienen, wenn es sich um neu auftauchende Zeugen handelt, deren Aussagen von grosser Wichtigkeit sind.

---

hätten kein Recht auf die Vernehmung eines solchen Zeugen. Uebrigens legt auch Carnot, Code pénal Art. 28 Nr 5 die Bestimmung des Strafgesetzes so aus, wie das angeführte Erkenntniss des Cassationshofes. Er tadelt es, dass man „den Präsidenten das Recht gelassen habe, diese Personen zur Auskunftsertheilung vor Gericht zu rufen . . . Es sind dies Zeugen, welche gefährlicher sind, als andere, weil sie unbeeidigt aussagen . . . Darf man ihren Erklärungen nicht trauen, warum ruft man sie? Soll man ihnen glauben, warum verlangt man von ihnen nicht die Bürgschaft des Eides"? Den entgegengesetzten Tadel richtet gegen dieselbe Bestimmung Bentham, Théorie des peines l. IV sect. 7 Nr 3; um den Schuldigen zu ritzen, stosse man damit einem Unschuldigen den Degen durch die Brust. Unter allen Umständen geht aber die Neigung des französischen Cassationshofes insofern auf Ausdehnung der Vernehmung solcher Zeugen, als selbst die Beeidigung, wenn sie ohne Widerspruch erfolgt, keine Nichtigkeit begründet (bekämpft von Cubain, der niemand das Recht zuerkennt, die im öffentlichen Interesse erlassene Bestimmung unwirksam zu machen). Darüber ist dagegen die französische Praxis einig, dass die durch Verurtheilung verlorene Zeugnissfähigkeit nur durch Rehabilitation, selbst nicht durch ausdrückliche Begnadigung, wiederzuerlangen sei. Vgl. noch Hélie, Instr. crim. VIII 689, 2. éd. Nr 3481, éd. Brux. Nr 4969. Rolland de Villargues, Codes criminels bei Art. 34 Code pénal und Art. 322 Code d'instr. Nr 81. Morin verbo „Témoins" Nr 27. 28. Chauveau et Hélie, Théorie du code pénal (éd. Nypels) Nr 186—190. Cubain, Procédure devant les cours d'assises (1857) Nr 455. Das englische Recht, in welchem einst die Einwendung der Infamie des Zeugen eine sehr grosse Rolle gespielt hatte (vgl. namentlich die ausführliche Darstellung bei Greenleaf I §§ 368—378), hat durch das st. 6 u. 7 Vict. cap. 85 jede Einwendung, welche sich auf frühere Verurtheilung stützt, vollständig abgeschnitten. Das gleiche gilt für Schottland; bezüglich des früheren Rechts s. Alison p 439 sq., des neuesten Macdonald p 518.

2. Wenn es sich darum handelt, Gegenstände zur Sprache zu bringen, welche den Zeugen als unwürdig erscheinen lassen können, tritt ein Conflict von berechtigten Interessen hervor, dessen Lösung dem Gerichte grosse Schwierigkeiten bereiten muss. Auf der einen Seite steht das allseitige Interesse an der Verlässlichkeit der Grundlagen, auf die das Urtheil im vorliegenden Falle gebaut werden soll, auf der anderen das des Zeugen, der eine unter Umständen sehr lästige Bürgerpflicht zu erfüllen hat und für den das Hervorziehen gewisser Vorfälle seines Lebens ein schweres und vielleicht auch unverdientes Unglück sein kann. Gesetzlich geschützt ist der Zeuge nach § 54 der deutschen StPO insofern, als er „die Auskunft auf solche Fragen verweigern kann, deren Beantwortung ihm selbst oder einem seiner Angehörigen die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung zuziehen würde“.

Weiter zu gehen war beantragt, aber abgelehnt worden, wofür wohl entscheidend war, dass man dem Zeugen ein unbedingtes Recht gewähren wollte, das eine Rücksichtnahme auf die Wichtigkeit der Sache nicht gestattete (vgl. Glaser, Handbuch § 49 I). Das Gewicht der für den Antrag geltend gemachten Gründe, namentlich der Bemerkung, durch Beantwortung solcher Fragen könne unter Umständen der gute Name, die Ehre, der Credit der betreffenden Personen vernichtet, das Glück und der Friede einer ganzen Familie zerstört werden, lässt sich nicht verkennen; ebensowenig, dass die Gegengründe sich meist auf solche Fragen bezogen, welche mit dem Gegenstand der Beweisführung unmittelbar zusammenhängen, bei welchen daher die Nothwendigkeit der Stellung der Frage von selbst dargethan ist. (Es war namentlich auf Untersuchungen wegen Kuppelei u. dgl. hingewiesen.) In unserem Falle handelt es sich dagegen um Umstände, welche mit dem Gegenstande der Verhandlung in keinem unmittelbaren Zusammenhange stehen und welche unter den Gesichtspunkt des § 67 der deutschen StPO fallen: „Erforderlichenfalls sind dem Zeugen Fragen über solche Umstände, welche seine Glaubwürdigkeit in der vorliegenden Sache betreffen, vorzulegen“. Dass man dabei die Absicht hatte, die Vorlegung von Fragen über solche Umstände dem Ermessen des Richters anheimzustellen, und dass man dabei insbesondere auch an erlittene criminelle Strafen dachte, ergiebt sich aus den Motiven (S 52)[81]. Handelt nun diese Gesetzesstelle allerdings nur von den

[81] Vgl. Prot d. RtC S 50—53. S. auch Würth, Oesterr. StPO von 1850 S 465, der indess mehr die Besprechung als die Feststellung solcher Verhältnisse vor Augen hat, ferner Abegg, Ueber falsche Aussagen vor Gericht in Betreff der

Generalfragen, so ist sie doch unzweifelhaft auch auf Fragen anwendbar, die im Laufe der Vernehmung auf Antrag von Prozessparteien oder im Kreuzverhör gestellt werden sollen [82]. Es kann also keinem Zweifel unterliegen, dass der Richter ganz im Geiste des Gesetzes verfährt, wenn er, ehe er selbst frägt oder Fragen dieser Art gestattet, insbesondere aber ehe er den Zeugen anhält, trotz seiner Verwahrung darauf zu antworten, in Erwägung zieht, ob dies im Interesse der Sicherung eines verlässlichen Beweisergebnisses nothwendig sei, und namentlich, welches Motiv der Frage zu Grunde liege [83].

---

sogen. General- oder Personalfragen. GS 1856 S 62—85. v. Kräwel, Sind die Zeugen von Amtswegen über ihre Bestrafungen zu befragen? GA 1861 S 807—809. Vgl. das. S 517.

[82] Löwe Bem 2—5 zu § 67.

[83] Geyer § 135 I. Auch im englischen Recht kommt dem Zeugen eine unbedingte Befreiung nur soweit zu statten, als die Antwort ihn der Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung aussetzen würde. Wo es sich dagegen um Aussagen handelt, die ihn der Gefahr der Schande preisgeben (disgrace him), ist die Ziehung der Grenzlinie auch dort als eine sehr schwierige betrachtet worden, soweit es sich nicht um Gegenstände handelt, die unmittelbar zur Sache gehören, sondern lediglich die Glaubwürdigkeit des Zeugen berühren. Wie gross die Schwierigkeiten sind, zeigt am besten die Darstellung eines Schriftstellers (Roscoe p 140), welcher meint, es könne gar kein Zweifel aufkommen: „Der Zeuge muss jede Frage beantworten, welche für die Entscheidung wesentlich ist (material to the issue), ob sie ihn nun der Schande aussetzt oder nicht . . . Da die Glaubwürdigkeit des Zeugen immer zur Entscheidung der Sache gehört (is always in issue), muss er auch Fragen beantworten, die nur insoweit wesentlich sind, als sie seine Glaubwürdigkeit berühren. Andererseits ist jede Frage, die nicht für die Entscheidung wesentlich ist, ungehörig, und es ist nicht blos ungehörig, sondern unpassend, dem Zeugen Fragen zu stellen, deren blosse Stellung schon den Zweck verräth, ihn herabzuwürdigen. Und da jeder Zeuge Anspruch auf den Schutz des Gerichts hat, so muss jeder Versuch, ihn unnöthigerweise herabzuwürdigen, sofort und ehe er noch selbst eine Einwendung dagegen macht, zurückgewiesen werden“. Andere Schriftsteller und die Gerichte sind dagegen genauer in die Einzelheiten eingegangen und berücksichtigen einerseits, dass es in manchen Fällen entschieden im Interesse der Gerechtigkeit liegt, ja ganz unvermeidlich ist, das Leben des Zeugen einer genauen Prüfung zu unterziehen, z. B. den sonstigen Lebenswandel der angeblich genothzüchtigten, eines Polizeispions in politischen Prozessen, die Friedfertigkeit eines im Raufhandel verletzten u. dgl., andererseits aber dem Zeugen jede nicht nothwendige Blosstellung erspart werden muss. Taylor sagt darüber: „Es giebt Fälle, wo der Richter in der Ausübung seiner discretionären Gewalt recht wohl einschreiten und einen Zeugen gegen unnöthiges und unpassendes Drängen schützen könnte. So würde z. B. durch das Abschneiden aller Untersuchung über längst verjährte unredliche Handlungen die Gerechtigkeit im allgemeinen nichts verlieren; ihr Interesse wird selten erfordern, dass die Irrthümer eines Menschenlebens, welche längst bereut und von der Gesellschaft längst vergeben sind, nach dem Belieben der ersten besten Prozesspartei wieder hervorge-

3. Unter den Verhältnissen, welche von dem hier besprochenen Gesichtspunkte aus zur Sprache kommen können, hat die religiöse Ueberzeugung des Zeugen eine noch fortwirkende Bedeutung. Zwar hat dies nicht mehr den Sinn des älteren Rechtes, welches Personen eines bestimmten Bekenntnisses an sich oder gegenüber den Anhängern anderer Bekenntnisse ausschloss, oder doch ihr Zeugniss für minder vollgiltig erklärte[84]. Allein das lässt sich nicht verkennen, dass religiöse Ansichten, nach welchen Lüge und falsches Zeugniss unter gewissen Umständen erlaubt sind, dem unter solchen Umständen abgelegten Zeugniss fast allen Werth nehmen[85]. Unbestreitbar ist ferner, dass die religiösen Ueberzeugungen, welche allen monotheistischen Religionen gemeinsam sind, und welche die Falschheit als schwere Sünde erscheinen und den Sünder dafür ein göttliches

---

sucht werden. So könnte man auch recht gut Fragen unterdrücken, die ungeziemende, aber die Wahrhaftigkeit des Zeugen nicht weiter verdächtigende Handlungen betreffen. Weiter sollte man den Schutz nicht ausdehnen, denn wo sich die Untersuchung auf verhältnissmässig neuerliche Thatsachen bezieht, aus denen auf die Moralität des Zeugen und seine gegenwärtige Zuverlässigkeit geschlossen werden kann, ist es schwer, einzusehen, weshalb derselbe privilegirt sein sollte, wie sehr ihm auch die Antwort zum Nachtheil gereichen mag. Man hat es freilich eine harte Alternative für einen Zeugen genannt, entweder seinen Eid zu brechen oder seinen Ruf zu vernichten; aber man darf nicht vergessen, dass es von der höchsten Wichtigkeit ist, der Jury die Mittel zu gewähren, wodurch sie den Charakter der Zeugen und den Werth ihrer Aussagen mit einiger Sicherheit beurtheilen kann. Es scheint absurd, die blossen Gefühle eines unwürdigen Zeugen gegen die wichtigen Interessen der Parteien in die Wagschale zu werfen". Best §§ 130. 134 ff., deutsche Ausgabe von Marquardsen S 123 ff. (Marquardsen spricht sich in einer an die angeführte Stelle aus Taylor anknüpfenden Anmerkung sehr nachdrücklich dafür aus, dass „an dem Wohl und Wehe des Angeklagten mehr gelegen sein muss, denn an dem blossen Gefühl eines oder des anderen Zeugen".) Alison p 522 sq. Greenleaf I §§ 454–460. — Abgesondert zu erwägen ist übrigens die Frage, inwiefern es zulässig ist, über die Befragung des Zeugen hinauszugehen und eine selbständige Beweisaufnahme zum Zweck des Nachweises der Unwürdigkeit und Unverlässlichkeit des Zeugen eintreten zu lassen. Vgl. namentlich Greenleaf I §§ 461 sq.; Alison l. c.

[84] Vgl. noch die preussische CGO § 357 Nr 8. Siehe v. Stemann im GS 1852 I S 81.

[85] Beispiele solcher Lehren (namentlich der Hindu) bei Best § 165 Anm u. S. auch Bentham, Theorie des gerichtlichen Beweises Buch I Kap. 12 S 42—44. Schon Bacon machte auf die Gefährlichkeit positiven Aberglaubens aufmerksam: „Selbst der Atheismus lässt den Menschen noch unter der Herrschaft des Menschenverstandes, der Philosophie, natürlicher Pietät, der Gesetze und der Ehrliebe, welche alle ihn zu sittlichem Leben anhalten können, wenngleich die Anleitung der Religion fehlt; Aberglaube aber überwindet sie alle und gründet für sich eine absolute Monarchie im Geiste des Menschen".

Strafgericht erwarten lassen, eine erhöhte Garantie der Wahrhaftigkeit bieten, zumal wenn durch den Eid das Gefühl religiöser Verantwortlichkeit gesteigert wird. Daher erklärt es sich, dass die Frage, ob der Mangel jener elementaren religiösen Ansichten das Zeugniss beeinträchtigt oder von demselben ausschliesst, gewöhnlich in diesem Sinne auftaucht. Eben darum hat sie ihre Erörterung bereits oben (§ 2 II) gefunden. Hieher gehört nur die Bemerkung, dass zu einer Frage nach den religiösen Meinungen des Zeugen kein Anlass ist, dass der Zeuge sie nicht zu beantworten braucht, aber allerdings sich gefallen lassen muss, dass Aeusserungen, die er darüber macht, benutzt werden, um sein Zeugniss anzufechten.

§ 4. Fortsetzung: III. Einfluss der Beziehungen des Zeugen zu dieser bestimmten Strafsache auf den Werth seines Zeugnisses.

Inwiefern die unmittelbare Betheiligung an der Sache vom Zeugniss ausschliesst und die mittelbare Betheiligung theils von demselben befreit, theils auf die Pflicht zur Beeidigung des Zeugnisses und die Zulassung zu derselben Einfluss übt, kann hier nicht besprochen werden (vgl. Glaser, Handbuch §§ 46, 48, 49, 51 II u. III); wohl aber ist hier von dem Einfluss dieser Verhältnisse auf die Glaubwürdigkeit der Zeugenaussage zu handeln. Theils diese Verhältnisse, theils andere, die ihnen nahe kommen, geben wirksame Motive für falsche Aussagen ab, sei es, dass der Zeuge Grund hat, einen bestimmten Ausgang des Prozesses zu wünschen, sei es, dass er von einer bestimmten Aussage, unabhängig von ihrem Einfluss auf die Entscheidung der Sache, seinerseits Vortheil oder Nachtheil zu erwarten hat. Der gemeinsame Gesichtspunkt für die Behandlung aller dieser Verhältnisse im modernen Strafprozess ist der, dass sie einerseits keinen genügenden Grund abgeben, dem Zeugniss so unbedingt zu misstrauen, dass es abgeschnitten werden müsste, andererseits aber grossen Einfluss auf die Würdigung der Aussage üben, und zwar — was gewöhnlich übersehen wird — in doppelter Richtung: eben weil ein bestimmtes Motiv erkennbar ist, welches der Aussage des Zeugen eine bestimmte Richtung vorzeichnet, verdient dieselbe nicht blos weniger Glauben, wenn sie diese Richtung einschlägt, sondern erlangt auch erhöhte Glaubwürdigkeit, wenn das Gegentheil der Fall ist. Diese Verhältnisse haben also eine sehr grosse Bedeutung, und es ist Aufgabe des Prozesses, sie mit voller Deutlichkeit hervortreten zu lassen. Solche Verhältnisse sind:

I. Des Zeugen eigenes Interesse am Ausgang der Strafsache. Dieses kann sich bis zu dem Grade steigern, dass die Straf-

sache seine eigene ist; ist dies auch formell der Fall, erscheint jemand als Beschuldigter oder als Mitbeschuldigter oder auch nur gleichzeitig angeklagter, so ist er allerdings vom Zeugniss ausgeschlossen. Es können aber noch mannichfache Verhältnisse eintreten, die ein nahezu gleiches Bedenken gegen die Glaubwürdigkeit begründen. Als Zeugen dieser Art sind namentlich zu erwähnen:

1. Personen, die einer strafbaren Handlung beschuldigt waren, und die nun in der Strafsache gegen einen derselben That beschuldigten (dies kann namentlich im Fall einer Wiederaufnahme des Strafverfahrens eintreten) oder gegen einen angeblichen Mitschuldigen aussagen sollen. In der Regel drücken ihnen unsere Gesetze durch Ausschliessung vom Eide den Stempel als verdächtige oder bedenkliche Zeugen auf [86]. Grosse Vorsicht fordert die Beurtheilung

[86] In Ländern, welche die Vernehmung unbeeidigter Zeugen auf ein geringeres Maass einschränken, fehlt dieses äussere Merkmal des Misstrauens und muss also die Vorsicht noch erhöht werden. Ganz besonders bedeutsam wird jedoch die Vernehmung der Mitschuldigen im englischen Recht, da dort die Vernehmung der Beschuldigten als solcher in der Hauptverhandlung überhaupt nicht stattfindet, die Aussage des Mitschuldigen also ganz verloren geht, wenn dieser nicht als Zeuge vernommen wird. Das ältere englische Recht hatte für die Heranziehung des Mitschuldigen die Form des approvement. Der approver war im ältesten Recht ein Mitangeklagter, der seine Schuld gestanden hatte und sich bereit erklärte, gegen seine Genossen als Ankläger aufzutreten, und zwar ursprünglich im eigenen Namen und als Kämpfer im Gottesurtheil, später als Kronzeuge (coroner, kings evidence). Es hing von dem Ermessen des Gerichtes ab, ihn als solchen zuzulassen, und ebenso hing sein Schicksal davon ab, dass das Gericht sich von der vollständigen Wahrheit seiner Aussage überzeugte. Noch Lord Mansfield erklärte, dass ein solcher Zeuge, wenn er bei der kleinsten Abweichung in seinen Aussagen ertappt wurde, oder die Jury die Angeklagten, gegen die er auszusagen hatte, freisprach, sofort hingerichtet werden könnte. (Best l. c. § 170, deutsche Ausg. S 165 ff.) Wurden später diese schroffen Formen auch bei Seite gesetzt, so ist doch der heutige Stand der Dinge noch immer folgender: Der Mitschuldige darf (wenn er Zeugniss geben soll) nicht mit in die eben stattfindende Hauptverhandlung einbezogen werden; als Entlastungszeuge ist er ohne weiteres zuzulassen; ob er als Belastungszeuge zugelassen wird, hängt von dem Ermessen des Gerichtes ab, welches regelmässig die Zulassung verweigert, wenn der Zeuge nicht unentbehrlich, andererseits aber das Zeugniss desselben nicht anderweitig unterstützt ist. Letzteres hängt damit zusammen, dass die Richter zum mindesten die Jury warnen, auf Grund der Aussage eines (oder auch mehrerer) solcher Zeugen allein die Angeklagten zu verurtheilen; es sollte dieselbe eine unabhängige Bestätigung namentlich auch in der Richtung gegen die Persönlichkeit des Angeklagten finden, ehe ihr geglaubt wird. Der Zeuge, der auf diese Weise eidlich ausgesagt hat, hat einen Billigkeitsanspruch auf Begnadigung. Unter solchen Umständen hängt der Zeuge ganz von dem befriedigenden Eindruck ab, den seine Aussage macht, und es ist eben darum das höchste Misstrauen gerechtfertigt. Roscoe p 120—126. Greenleaf I §§ 379 sq. Nicht



solcher Aussagen stets, besonders aber in solchen Fällen, in welchen der Verdacht alternativ auf zwei Personen lastet, das Strafverfahren die Richtung gegen eine derselben genommen hat und nun die andere als Belastungszeuge gegen jene auftritt, während man sich recht wohl auch den entgegengesetzten Verlauf als möglich hätte denken können; im Vorverfahren bedarf es hier sorgfältiger Zurückhaltung und der Vermeidung jeder Uebereilung; eben darum wird in Fällen dieser Art auch nicht leicht von der gerichtlichen Voruntersuchung Umgang genommen werden dürfen. Nicht minder bedenklich sind geständige Mitschuldige, welche durch ihre Aussage zum Nachtheil des Angeklagten ihre eigene Lage bessern oder wenigstens ihren Ruf vor weiterer Schädigung bewahren [87].

2. Der durch die strafbare Handlung beschädigte kann bei der heutigen Gestaltung des Strafprozesses nur ausnahmsweise als Prozesspartei und als vom Zeugniss ausgeschlossen angesehen werden (Glaser, Handb. § 46 II Nr 3). Dies wäre auch nicht möglich, ohne dass zahllose strafbare Handlungen straflos blieben, ungeachtet ein Zeuge vorhanden

---

in gleichem Grade bedenklich und eben darum unbedingt zulässig ist das Zeugniss eines gar nicht unter Anklage gestellten oder bereits freigesprochenen Mitschuldigen. Auch dieser erlangt im ersten Fall einen Billigkeitsanspruch auf Unterlassung der Verfolgung, und die Freisprechung hat oft nur einen formellen Charakter, um seine Benützung als Zeuge zu ermöglichen; das Zeugniss ist also auch in solchen Fällen der Preis für die Nichtbestrafung, jedoch mit dem Unterschied, dass wenn diese nicht bereits gesichert ist, ein Einfluss auf das Zeugniss in höherem Grade zu fürchten ist. Richtiger ist also jedenfalls der Vorgang des schottischen Rechtes, nach welchem die Strafverfolgung durch die einfache Thatsache erlischt, dass der Mitschuldige als Belastungszeuge vorgeführt wird. Diese seine Lage wird ihm regelmässig vom Richter erklärt und er kann im Gefühl voller Sicherheit aussagen. Nichtdestoweniger wird auch hier die ununterstützte Aussage eines oder selbst mehrerer Mitschuldigen nicht für ausreichend erachtet. Alison p 453; Macdonald p 511. 565; Roscoe p 126.

[87] Vgl. Mittermaier, Lehre vom Beweis § 42 Nr 5 S 328—332 (italienische Ausgabe S 404 ff.; siehe namentlich die späteren Zusätze Mittermaiers S 407 ff. und daselbst die Bemerkungen des Uebersetzers Ambrosoli über die bezüglichen Bestimmungen der österr. Strafprozessordnung von 1853, deren Kernpunkt in der Erklärung lag, dass die Aussagen der Mitschuldigen nur insofern Beweis machen, als sie „in allen wesentlichen, ihnen selbst zur Last liegenden Umständen durch andere Erhebungen bestätigt seien" — ein Erforderniss, dem freilich die Praxis nicht in vollem Umfange entsprechen konnte). Vgl. auch Zachariä, Grundlinien S 228. Heffter im ANF 1845 S. 89—104 (Das Geständniss eines Mitschuldigen); Mittermaier daselbst 1852 S 51—68. Bonnier Nr 357, vol. I p 430. 431. Morin verbo „Témoins" Nr 24. Rolland Art. 322 Nr 59—61 (darunter ein Fall, wo ein im Ausland als Mitschuldiger desselben Delictes verfolgter als Zeuge vernommen wurde). Hélie, Instr. crim. VIII 714; 2. éd. Nr 3497; éd. Brux. Nr 4983.

ist, an dessen Glaubwürdigkeit im vorliegenden Falle gar nicht zu zweifeln ist. Allein es darf auch nicht übersehen werden, dass die Aussage des Beschädigten oft sehr bedenklich sein kann. Nicht selten liegt die Sache so, dass der incriminirte Vorfall sich lediglich zwischen dem Beschädigten und dem Angeklagten, als sie allein waren, zugetragen haben soll, und dass daher das Schwergewicht des Belastungsbeweises in der Aussage des Beschädigten liegt. Ganz nahe liegt hier die Gefahr, dass selbst der wirklich verletzte die Schwere der ihm zugefügten Verletzung übertreibt, und der Verdacht, dass auch die ganze Anschuldigung erdichtet sein kann. In manchen Fällen hat der Beschädigte ein geradezu entscheidendes Interesse an der Festhaltung der Anschuldigung in ihrem vollen Umfange. Auch wo der Adhäsionsprozess nicht besteht, hängt wesentlich vom Ausgang des Strafprozesses sein Entschädigungsanspruch ab; manchmal ist sogar der Strafprozess nur die vom Beschädigten herbeigeführte Fortsetzung eines für ihn bereits verlorenen Civilprozesses; insbesondere bei Anklagen wegen Meineides liegt es nicht selten so, dass der Civilprozess durch den Eid des später angeklagten verloren wurde und dass letzterer nun in Gefahr ist, durch den Eid seines früheren Gegners allein zum Verbrecher gestempelt zu werden. In anderen Strafprozessen steht sogar noch mehr für den Beschädigten auf dem Spiele: bei Verfolgungen wegen falscher Anschuldigung, falschen Zeugnisses, Urkundenfälschung, bei gegenseitigen Körperverletzungen, bei welchen ein Theil behauptet, in Nothwehr gehandelt zu haben, beim Beweis der Wahrheit in Beleidigungsprozessen u. dgl. In all diesen Fällen lässt sich die oft und im allgemeinen auch mit Recht angefochtene Bemerkung Montesquieus: „Ein Zeuge, der behauptet, und ein Beschuldigter, der leugnet, heben sich gegen einander auf", nicht einfach zurückweisen. Sie geht allerdings auch für solche Fälle zu weit, weil sie zu kategorisch ist und zu gedankenloser Gleichstellung verlockt; aber der richtige Gedanke darin ist die ernste Mahnung zur Vorsicht; es muss die Aussage des Beschädigten in der Verhandlung der sorgfältigsten Erprobung unterzogen werden, damit die Beweiswürdigung nicht blos eine freie, sondern auch eine auf verlässlichen Grundlagen ruhende sei[88].

[88] Art. 25 § 6 CCC. Mittermaier, Beweis § 42 S 325; italien. Ausgabe — mit späteren Zusätzen und Erörterung des österr. Beweisrechts von 1853 — S 399 bis 402. Zachariä, Grundlinien S 227. 228. Kitka, Thatbestand S 108 ff. 118 ff. Kleinschrod AA VI Stück 3 S 54. Interessant ist der Gegensatz, der sich ergiebt, wenn man die Behandlung der Aussage des Beschädigten im bayerischen Strafgesetz von 1813 mit der in der österr. StPO von 1853 vergleicht. Art. 282 des ersteren erklärt das „Zeugniss desjenigen, an welchem das Verbrechen begangen

3. Wenn der Anzeiger nicht der Beschädigte selbst ist, so ist man geneigt, ihn als „Denuntiant“ mit einer gewissen Verächtlichkeit zu behandeln und mit grossem Misstrauen aufzunehmen. Das ältere Recht[89] stellte ihn, vermöge einer aus der allmählichen Entstehung des Inquisitionsprozesses leicht erklärlichen Begriffsverwechselung dem Ankläger gleich und leitete daraus seine Unzulässigkeit als Zeuge ab; es wurde sogar versucht, dem Beschuldigten das Recht zu bestreiten, ihn als Entlastungszeugen anzurufen[90]. Im französischen Recht (Code

---

worden ist“, für „vollgiltig, soweit dasselbe darauf gerichtet ist, dass das angeschuldigte Verbrechen an ihm verübt worden ist, nicht aber rücksichtlich der Person des Thäters“. (Nach Art. 286 wird aber die Aussage eines einzigen vollgiltigen Zeugen nur einem halben Beweise gleich geachtet.) Hierin liegt also eine Einschränkung der Beweiskraft der Aussage des Beschädigten verglichen mit der anderer Zeugen. Das österr. StGB von 1803 hatte dagegen § 404 lit. a als Ausnahme von der allgemeinen Forderung zweier Zeugen den Satz aufgestellt: „Doch ist in dem Falle, wo der Beweis der That auf andere Art nicht möglich wäre, die Aussage desjenigen, an dem das Verbrechen verübt worden, für zureichend anzusehen, um die Beschaffenheit der That zu beweisen“. Diese Gesetzesstelle war die Quelle zahlreicher Controversen, wie nicht minder ihre Nachfolgerin in der StPO von 1853 (§ 270 Z. 1), welche doch bestimmt war, jene zum Schweigen zu bringen, in der Hauptsache aber ebenfalls dem Gedanken Ausdruck geben soll, dass die Aussage des Beschädigten für sich allein nur dann über die That (und auch darüber nur mit einer wichtigen, aber in ihrer Bedeutung streitigen Einschränkung) Beweis mache, wenn der Beweis der Thäterschaft auf anderer Grundlage ruht. Es finden diese Anordnungen ihre Begründung einerseits darin, dass der Beschädigte eher ein Interesse haben kann, einer bestimmten Person ein Verbrechen anzudichten, als ein an ihm verübtes Verbrechen zu erdichten, andererseits darin, dass, wenn der Thäter der That geständig oder anderweitig überwiesen ist, er dem unbescholtenen Beschädigten bereits als vertrauensunwürdig und bescholten gegenübersteht und dessen Aussagen durch sein Leugnen nicht entkräften kann. Freilich ist gerade in den bedenklichsten Fällen, z. B. Nothzucht, Meineid, die Sonderung nicht ausführbar. — Jenull, Das österr. Criminalrecht IV 47—51. Kitka, Beweislehre im österr. StP. 1841. S 153 ff. v. Hye-Glunek, Leitende Grundsätze. 1854. S 297. Rulf, StPO v. 1853 II 100 ff. und die dort angeführte Literatur; siehe auch Ambrosoli in der italienischen Uebersetzung von Mittermaiers Beweis S 401 Anm e.

[89] Kleinschrod, Abhandlungen aus dem peinlichen Rechte und peinlichen Prozesse 1. Theil. 1797. VI 261 ff. (das. S 274—278 ausführliche Mittheilung der Literatur). Derselbe im AA VI Stück 3 S 59. Bayer. StG von 1813 Art. 283. (Nur der amtlich verpflichtete Anzeiger ist als vollgiltiger Zeuge zugelassen.) Henke, Darstellung des gerichtlichen Verfahrens in Strafsachen S 196 Anm 2. Kitka, Thatbestand S 115 ff. Jenull, Oesterr. Criminalrecht IV 29 Anm a. Mittermaier, Beweis § 42 S 325 ff. (ital. Ausgabe S 403). Zachariä, Grundlinien S 223. 224. Klenze, Strafverfahren S 100. 101.

[90] Kleinschrod, Abhandlungen I S 338 ff.; hier ist insbesondere auch der Fall besprochen, wenn durch Gesetze dem Anzeiger die Geheimhaltung seines

d'Instr. Art. 322 Nr 6, Art. 323) hat sich die doppelte Beschränkung erhalten, 1. dass die Anzeiger, welche einen gesetzlichen Anspruch auf Belohnung haben (la dénonciation récompensée par la loi) vom Zeugniss ausgeschlossen sind, richtiger (nach der Schlussbestimmung des Art. 322 und nach der Handhabung des Gesetzes durch die Praxis) nur dann als Zeugen beeidigt werden dürfen, wenn sich keine der Parteien dem widersetzt, sonst aber nur als Auskunftspersonen kraft des pouvoir discrétionnaire vernommen werden können; 2. dass andere Denuntianten zwar förmlich als Zeugen vernommen werden, dass jedoch die Jury auf jene ihre Eigenschaft aufmerksam zu machen ist. Auf die Voruntersuchung haben diese Anordnungen vermöge ihrer Natur keinen Einfluss [91].

Namens versprochen ist. Da kann es sich aber nicht um die Vernehmung des Anzeigers als Zeugen, sondern nur darum handeln, ob der Angeklagte verlangen kann, dass ihm der Name des Anzeigers mitgetheilt werde: eine Frage, die darauf hinausläuft, ob die Angaben des Anzeigers im Prozess überhaupt erscheinen, in welchem Fall der Beschuldigte allerdings deren Erprobung fordern kann. Jene Zusicherung kann daher, wenn sie überhaupt vorkommt, nur bedeuten, dass die geheime Anzeige lediglich als Anhaltspunkt weiterer Nachforschungen dienen, selbst aber im Prozess in keiner Weise werde gebraucht werden. Nachforschungen nach ihr wird das den Bewahrern von Amtsgeheimnissen zukommende Privilegium gewöhnlich vereiteln (deutsche StPO § 53, österr. § 151 Z. 2). — Besondere Aufmerksamkeit wird der Frage in England zugewendet. In einem berühmten Hochverrathsprozess am Ende des vorigen Jahrhunderts sagte der vorsitzende Chief Justice Eyre: „Es ist ganz recht, dass die Prüfung des Belastungsbeweises in jeder Weise erleichtert werden muss; aber es ist eine Regel, welche wegen ihrer Wichtigkeit für die im öffentlichen Interesse nothwendige Aufdeckung der Verbrechen allgemeine Geltung erlangt hat, dass diejenigen, welche diese Entdeckung vermittelt haben, nicht ohne Noth bekannt gemacht werden sollen; würde ich zur Ueberzeugung gelangen, dass es zur Entdeckung der Wahrheit in diesem Falle nöthig ist, dass der Name bekannt werde, so wäre ich sehr abgeneigt, dies zu verhindern; ich finde aber, dass es weder allgemein üblich, noch im vorliegenden Falle nöthig ist". Roscoe p 145. Das gleiche gilt nach schottischem Recht; doch ist der Freigesprochene berechtigt, seinen Regress an dem Denuntianten (informer) zu nehmen, und der Staatsanwalt kann daher angehalten werden, denselben namhaft zu machen. Alison p 94.

[91] Die französische Praxis legt dabei grossen Werth darauf, dass Personen, welche vermöge ihres, wenn auch mit Besoldung verbundenen Amtes Anzeigen erstatten, keineswegs als belohnte Denuntianten anzusehen sind, dass ferner weder der Zeuge, der, auf ergangene Vorladung aussagend, das Verbrechen und den Verbrecher anzeigt, noch die Beschädigten, welche wegen der ihnen oder ihren nächsten Angehörigen zugefügten Verletzungen das Einschreiten der Strafbehörden begehren (plaignants), als Denuntianten behandelt werden dürfen. Dies lässt also für den letzteren Begriff nur die freiwillige Anzeige eines von der strafbaren Handlung nicht betroffenen übrig. (Morin, Répertoire verbo „Témoins" Nr 17. 25. Hélie,

Die deutsche und österreichische Strafprozessordnung schliessen den Anzeiger weder vom Zeugniss noch vom Zeugeneide aus und überlassen also der Beweiswürdigung die Prüfung der aus dem Verhältniss sich ergebenden Bedenken. Bei genauer Erwägung zeigt es sich, dass nicht dieses selbst, sondern einerseits die Motive, auf denen es beruht, andererseits die Folgen, welche der Ausgang des Prozesses für den Anzeiger herbeiführen kann, Beachtung verdienen. Wenn, die Wahrheit des Inhalts einer Anzeige vorausgesetzt, die Erstattung derselben nur die Erfüllung einer Pflicht enthält, welche aus der amtlichen Stellung fliesst (oder gar aus einer gesetzlichen Vorschrift, wie dies nach § 139 des deutschen StGB der Fall sein kann, oder nach §§ 61, 67, 92 des österr. StG eintritt), kann darin etwas die Glaubwürdigkeit des Zeugen abschwächendes selbst dann nicht gefunden werden, wenn sich der Anlass zur Erstattung der Anzeige für einen von der Behörde zu polizeilicher Beaufsichtigung bestellten aus dieser Beaufsichtigung ergeben hat. Ebensowenig kann derjenige einer Verdächtigung ausgesetzt sein, welcher, von dem ihm durch das Gesetz eingeräumten Rechte Gebrauch machend (§ 156 der deutschen, § 86 der österr. StPO), strafbare Handlungen zur Kenntniss der Strafbehörden bringt und selbst „Anträge auf Strafverfolgung" (§§ 156, 169 deutsche StPO) stellt, sofern deutlich erkennbar ist, dass, wenn die Sache sich so verhält, wie er angiebt, er auch Grund hatte, zur Wahrung berechtigter Interessen die Strafverfolgung herbeizuführen. Wo dagegen eine Beziehung zur That, welche ein besonderes Motiv zur Anzeige begründet, nicht erkennbar ist, ist es allerdings von Werth, zu erforschen, was zur Erstattung der Anzeige antrieb; lässt sich weder

Instr. § 356 II, vol. V p 560 sq.; § 636 VI, vol. VIII p 703—705; 2. éd. Nr 1844. 3489; éd. Brux. Nr 4978. Hélie, Pratique Nr 740, vol. I p 740. Rolland de Villargues zu Art. 322 Code d'Instr. Nr 32 sq. und Art. 323. Duverger, Manuel des juges d'instr. Nr 268, vol. II p 332. Mangin, De l'instruction écrite Nr 101, vol. I p 172.) Merkwürdigerweise geht das italienische Gesetz den geradezu entgegengesetzten Weg. Nach Art. 289 des Regol. di procedura penale dürfen, bei Nichtigkeit, als Zeugen gerade die querelanti (der querelante entspricht dem französischen plaignant und ist wie dieser verschieden von der partie civile) und die Denuntianten, sofern sie an der That ein persönliches Interesse haben, nicht vernommen werden; also „die Beschädigten, auch wenn sie nicht Klage führen, und die Anzeiger, wenn sie von der That betroffen (beschädigt) sind", wie es ein Erkenntniss des florentiner Cassationshofes scharf formulirt, sind von der Zeugenschaft, oder richtiger von der Vernehmung unter Zeugeneid ausgeschlossen; denn wie in Frankreich bleibt daneben die unbeeidigte Vernehmung kraft der discretionären Gewalt, die (ausser wo es sich um die Bestrafung wegen der falschen Aussage handelt) nicht als Zeugenvernehmung gilt. Mel bei Art. 289 p 163 ff.

ein besonderes Interesse noch ein edleres Motiv, moralische Entrüstung, lebhaftes Gerechtigkeitsgefühl, patriotische Besorgniss u. s. w. erkennen, so wird allerdings zu vermuthen sein, dass die Anzeige aus Gehässigkeit hervorgegangen ist, und da in diesem Fall zu besorgen ist, dass der Anzeiger die Bestrafung des Beschuldigten unter allen Umständen wünscht, demselben nicht unbedingt zu vertrauen sein.

Das gleiche gilt in verstärktem Maasse, wenn sich etwa zeigen sollte, dass dem Zeugen dafür, dass er eine strafbare Handlung entdeckte, eine Belohnung für den Fall der Verurtheilung in Aussicht steht [92]. Andererseits begründet die Thatsache der erfolgten Anzeige für deren Urheber eine Verantwortlichkeit, welche unter Umständen sehr schwer sein kann (§ 164 deutsches StGB, § 501 deutsche StPO, österr. StG §§ 209. 487, österr. StPO § 390 Abs. 4); es ergiebt sich daraus, dass, wenn die Sache eine dem Angeklagten günstige Wendung nimmt, welche geeignet wäre, die Anzeige als wissentlich falsch erstattet (nach deutschem Recht auch als auf Fahrlässigkeit beruhend) erscheinen zu lassen, der Zeuge ein Interesse gewinnt, jene Wendung zu verhindern. Dies haben andererseits die Gesetze schon vorausgesehen und ein Gegengewicht durch die Steigerung der Verantwortlichkeit je nach der Schwere der Folgen geschaffen.

4. Den vorstehend erörterten Personen stehen diejenigen nahe, welche, ohne Denuntianten zu sein, von ihrem Zeugniss Vortheile zu

---

[92] Die Verlässlichkeit nimmt noch ab, wenn sich zeigt, dass der Zeuge einen Privaterwerb in der Erstattung von Anzeigen und Herbeiführung von Verurtheilungen sucht. Quintilian sagt von solchen: Accusatoriam vitam vivere et ad deferendos reos praemio duci, proximum latrocinio est (l. 12 c. 7). Leidet das Urtheil auch an Uebertreibung, so begründet eine solche Lebensweise doch eine Abstumpfung des Ehrgefühls und jenes Mitleids, das sonst allein schon von falschen Beschuldigungen abzuhalten geeignet ist. — Eine ganz besonders das Misstrauen herausfordernde Specialität ist der agent provocateur, derjenige, der an strafbaren Handlungen oder deren Vorbereitungen sich selbst in der Absicht betheiligt, andere anzuzeigen und zu deren Ueberführung beizutragen, was in der Regel um Gewinnes willen und im besten Falle, bei anfangs aufrichtiger Betheiligung, zu dem Zwecke geschieht, sich durch Enthüllungen Straflosigkeit zu erwirken. Vgl. z. B. Greenleaf I § 382. Nahe verwandt mit der Anwendung solcher Ueberführungsmittel ist die Verwendung von Mitgefangenen zur Ausholung ihrer Zellengenossen, welche, wenn sie vorsätzlich eingeleitet ist, immer den Verdacht erregen wird, dass derjenige, der sich zu der Ausspähung hergab, davon einen Vortheil für sich erwartet. (Mel p 157 führt eine Entscheidung des florentiner Cassationshofes vom Jahre 1865 an, welche sich mit der Auslegung eines toscanischen Gesetzes beschäftigt, das geradezu untersagt, „in der Voruntersuchung oder Hauptverhandlung Mitgefangene des Beschuldigten als Belastungszeugen — in aggravio — über Mittheilungen, die dieser in der Haft ihnen gemacht, zu vernehmen".) Vgl. andererseits RGE v. 4. Oct. 1881 Rspr III 589.

erwarten haben. Wenn die Carolina (Art. 64) „belohnte Zeugen" für „verworfen und nicht zulässig" erklärt, so setzt sie hinzu, sie seien peinlich zu strafen; sie scheint also zu unwahren Aussagen gedungene zu meinen. Die preussische CGO (§ 356) spricht aber von „belohnten oder bestochenen Zeugen"; das bayerische StG (Art. 278) erklärt für unfähig die Zeugen, welche „wegen des Zeugnisses eine Belohnung oder das Versprechen einer solchen angenommen haben". Es ist dies auch wieder einer der Fälle, wo man leicht in gerechter Entrüstung übersieht, dass man der Sache und der Wahrheit schadet, wo man doch nur darauf bedacht ist, eine Ungehörigkeit zu ahnden. Ein Zeuge, der dafür eine Belohnung fordert oder annimmt, dass er die Wahrheit sagt, erweist sich eben dadurch als sehr unverlässlich; der Fall ist aber doch wesentlich von dem verschieden, wo die Belohnung nur für eine Aussage in bestimmter Richtung gegeben oder gefordert wird, und dieser Fall ist wieder von dem der Bestechung zu falscher Aussage zu unterscheiden. Im letzteren Falle kann eventuell der Zeuge schon der Begünstigung der den Gegenstand der Verhandlung bildenden Strafthat verdächtig und darum vom Zeugeneid ausgeschlossen sein (§ 56 Z. 3 deutsche StPO). Sonst aber tritt eine Ausschliessung in keinem dieser Fälle ein, wohl aber werden Thatsachen dieser Art als für die Beurtheilung der Zeugenaussage sehr wesentlich anzusehen und auf Feststellung derselben abzielende Beweisanträge zu berücksichtigen sein [93].

5. Beachtung verdient noch das Interesse, das der Zeuge zwar nicht an einem bestimmten Ausgang der Strafsache, in der er vernommen wird, wohl aber an dem Gegenstand seiner eigenen Aussage haben kann. Diese Interessencollision kann eine so weitgehende sein, dass die Gesetze wegen derselben bald weiter, bald weniger weit gehende Befreiungen von der Zeugnisspflicht (vgl. § 54 deutsche, § 153 österr. StPO) gewähren. Der Zeuge kann aber ein Interesse haben, von dieser Befreiung keinen Gebrauch zu machen, weil er schon darin eine Gefährdung sieht; in anderen Fällen, wo das Gesetz ihm kein Recht giebt, die Aussage zu verweigern, kann er von der Angabe der Wahrheit einen materiellen oder moralischen Nachtheil, von einer bestimmten Unwahrheit einen Vortheil zu erwarten haben. Die Angabe der Wahrheit kann wichtige Geschäfts-

---

[93] Mitunter geht das Misstrauen noch viel weiter; man hat verkehrterweise sonst wohl schon die blosse Armuth und Niedrigkeit der Lebensstellung für ausreichend gehalten, den Verdacht zu erregen, dass der Zeuge der Belohnung zugänglich sei (ut lucri causa quid facile admittat, l 3 § 1 D de testibus 22. 5). Vgl. Zachariä, Grundlinien S 224.

geheimnisse oder Beziehungen enthüllen, die ihm zur Schande gereichen, kann ihn lächerlich machen u. dgl. Andererseits kann er ein Interesse haben, die Falschheit oder das unbedachte seiner früheren Aussagen nicht einzugestehen. Alles dies sind Umstände, welche nöthigenfalls ins Licht gestellt werden müssen.

II. Das mittelbare Interesse des Zeugen beruht auf seinen Beziehungen zu den am Prozesse betheiligten Personen und kann sich so weit steigern, dass es im älteren Recht die Ausschliessung vom Zeugenbeweise, im neueren wenigstens die vom Zeugeneide begründet; auch letzteres ist nur in verhältnissmässig geringem Umfange noch der Fall, und es haben daher fast alle diese Umstände nur mehr die Bedeutung einer eventuellen Verminderung der Beweiskraft der Aussage des Zeugen, sofern dieselbe so beschaffen ist, dass sie dem bestehenden mittelbaren Interesse entspricht. — Unter den Personen, mit welchen den Zeugen solche Verhältnisse in Beziehung setzen können, steht natürlich

1. der Beschuldigte obenan.

a. Das praktisch wichtigste dieser Verhältnisse ist das durch das Familienband begründete. Sagen nun die Angehörigen des Beschuldigten zu dessen Gunsten aus, so wird ihr Zeugniss nicht ohne weiteres mit Misstrauen aufgenommen, aber doch vorsichtig geprüft werden müssen; gerade die ihnen eröffnete Möglichkeit, eine ungünstige Aussage zu unterlassen, lässt annehmen, dass sie sich nur vernehmen lassen, weil sie günstiges bezeugen können. Die Zwischenfälle, die sich ergeben können, wenn der Zeuge, der sich schon vernehmen liess, während derselben Vernehmung oder in einem späteren Stadium des Verfahrens vom Zeugniss wieder zurücktritt, werden ebenfalls geeignet sein, Beiträge für die Würdigung der erfolgten Aussage (soweit diese noch zur Grundlage des Urtheils dienen kann) zu bieten. Ausdrückliche Folgerungen zum Nachtheil des Angeklagten aus der blossen Thatsache zu ziehen, dass der Zeuge von seinem Recht Gebrauch macht, verstösst gegen den Geist des Gesetzes; es wird sonst der Zeuge in die Zwangslage gebracht, lieber auszusagen, als seinen Angehörigen solchem Verdacht auszusetzen. Ueberdies kann dieser Verdacht ganz ungegründet sein; der Zeuge kann aus Aengstlichkeit oder selbst aus Gehässigkeit schweigen[94]. Letztere wird wohl in der Regel der Grund sein, wegen dessen der Zeuge ungünstiges freiwillig aussagt, und es wird dies stets anzunehmen sein,

[94] Vgl. namentlich Carrara II 528. 529.

sobald nicht ein anderes Motiv erkennbar ist; allerdings kann die Gehässigkeit ausreichen, um zu einer wahrheitsgemässen schädlichen Aussage zu verleiten, ohne dass sofort auch die Geneigtheit, falsch auszusagen, anzunehmen ist. Eben darum ist es wichtig, und kann daher nicht unzulässig sein, das Motiv der freiwilligen Zeugnissablegung zu erforschen. Mit Rücksicht auf die Mannichfaltigkeit der hier möglichen Verhältnisse hat die deutsche Strafprozessordnung die Beeidigung des Zeugnisses einerseits dem Belieben des Zeugen, andererseits der Beurtheilung des Gerichtes anheimgestellt (§ 57), während das österreichische Gesetz die Angehörigen, die freiwillig aussagen, vom Eide weder befreit noch ausschliesst.

b. Aehnliche Beziehungen, wie sie die Verwandtschaft begründet, können durch zahlreiche andere Verhältnisse begründet werden: Freundschaft, Dankbarkeit, Abhängigkeit auf der einen Seite, Feindschaft und andere Gründe der Gehässigkeit auf der anderen können auf die Wahrhaftigkeit des Zeugen nachtheilig einwirken, wie nicht minder vereinzelte Thatsachen (z. B. Drohungen, Versprechungen u. s. w.). Das ältere Recht hat mit solchen Umständen sich eingehender befasst, und es hatte in der Sklaverei, dem Zustande der Freigelassenen, dem Lehensverhältniss, dem viel engeren Verbande zwischen Dienstherr und Dienstmann Verhältnisse, die eine bestimmtere Feststellung und allgemeinere Beurtheilung zuliessen [95]. Heute kommt es fast immer auf die Würdigung des besonderen Falles an. Hervorzuheben wäre nur, dass nach österreichischem Recht (§ 170 Z. 6) Personen, „die mit dem Beschuldigten, gegen welchen sie aussagen, in einer Feindschaft leben, welche nach Maassgabe der Persönlichkeiten und mit Rücksicht auf die Umstände geeignet ist, die volle Glaubwürdigkeit der Zeugen auszuschliessen“, nicht beeidet werden dürfen.

c. Insofern die Nothwendigkeit der Vernehmung des Vertheidigers über eine Thatsache, über welche er auszusagen bereit ist oder bezüglich welcher ihm die Befreiung nicht zukommt, eintritt, muss jedenfalls die Unersetzlichkeit des Zeugen gegenüber der Ersetzbarkeit des Vertheidigers (insofern eine Ersetzung überhaupt nöthig) den Ausschlag geben. Die Vernehmung ist also nicht ausgeschlossen, und wenn sie vor sich geht, wird das natürliche Interesse des Vertheidigers an dem Schicksal seines Clienten bei der Würdigung der Aussage mit zu berücksichtigen sein, wenngleich dasselbe

[95] Vgl. Mittermaier, Beweis S 334. 335. Zachariä, Grundriss S 224 ff. Jenull IV 26—33. Globig II 77 ff. Kitka, Beweislehre S 137 ff.



für sich allein keinen genügenden Grund giebt, das Zeugniss als ein verdächtiges zu behandeln.

2. Die gleichen oder ähnliche Beziehungen, wie die vorstehend besprochenen, können auch zwischen Zeugen und anderen am Prozess betheiligten Personen eintreten. Besonders hervorzuheben ist in dieser Hinsicht die Beziehung zum Beschädigten. Mag immerhin formell dieser keine Parteistellung im Strafprozess einnehmen, so hat er doch am Ausgang des Prozesses sehr häufig ein materielles Interesse; in anderen Fällen ist er von einer erklärlichen Erbitterung erfüllt, die sich den ihm nahestehenden leicht mittheilen kann. Es können Verhältnisse eintreten, welche gar leicht die gegenseitige Stellung des Beschuldigten und Beschädigten umkehren. Auch wachsen Verbrechen oft aus gegenseitigen Feindseligkeiten zweier Familien heraus, und da wäre es gewiss gedankenlos, den Angehörigen des Beschuldigten mit Misstrauen entgegenzukommen und die Aussagen der dem Beschädigten nahestehenden unbesehen hinzunehmen. Andererseits schwächt sich natürlich das Misstrauen in dem Maasse ab, als entweder das Interesse des unmittelbar betheiligten geringer oder dessen Beziehung zum Zeugen entfernter ist. Nach den gleichen Grundsätzen werden die Beziehungen der Zeugen zu anderen Zeugen (insbesondere zum Anzeiger) und zum Privatankläger zu beurtheilen sein. Beziehungen zum Staatsanwalt und zum Vertheidiger kommen bei dem ohnehin nur berufsmässigen Interesse derselben an der Sache wohl kaum mehr in Betracht[96].

§ 5. Fortsetzung: IV. Die Beschaffenheit der Aussage[97].

In höherem Grade noch als von den bisher dargestellten Verhältnissen hängt die überzeugende Kraft der Zeugenaussage von dem Urtheil ab, das sich der sie achtsam prüfende über sie aus ihr selbst bildet. Dieses Urtheil muss das Resultat einer fortwährenden Vergleichung der abstracten Gründe der Glaubwürdigkeit des Zeugnisses mit den besonderen Eigenschaften der vorliegenden Aussage sein. Müssen zu diesem Zwecke die vorstehend dargelegten äusseren

[96] Zachariä, Grundlinien S 224. 226 Nr 5 und 6 und die dort angeführte Literatur. Mittermaier, Beweis S 336. 337 (ital. Ausg. S 413). Jenull IV S 32—33. Bonnier II 428. Morin verbo „Témoins“ Nr 24. Duverger Nr 267, II 330. 331 (geht so weit, die Nichtvernehmung der Angehörigen des Beschädigten zu empfehlen). Vgl. auch Mel bei Art. 286 p 161.

[97] Seel S 18 ff.

Verhältnisse erforscht [98], beleuchtet und berücksichtigt werden, so bietet doch die Beschaffenheit der Aussage selbst einerseits den ersten Anlass zu Nachforschung nach denselben, andererseits einen selbständigen Beitrag zur Beurtheilung der Frage, welchen Einfluss jene thatsächlich geübt haben. Vor allem wird also zu fordern sein:

I. Die Gewissheit, dass die Aussage nicht scheinbar, sondern in Wahrheit die des Zeugen ist [99]. Die Art und Weise, wie die Aussage abgelegt wird, bietet darüber viel eher Gewissheit, als die früher erörterten Verhältnisse [100], welche an sich nur geeignet sind, Verdacht zu erregen oder zu beseitigen. Ob der Zeuge aus sich heraus spricht oder hersagt, was ihm eingelernt wurde, das wird sich in der Mehrzahl der Fälle am besten in der Art ausdrücken, wie er spricht. Der wirklich unbeeinflusste Zeuge wird sich auch natürlich benehmen; er

[98] In seiner allerdings wesentlich den Parteistandpunkt berücksichtigenden Anleitung zur Befragung der Zeugen sagt Quintilian: Extra causam quoque multa, quae prosint, rogari solent, de vita testium aliorum, de sua quisque, si turpitudo, si humilitas, si amicitia accusatoris, si inimicitiae cum reo, in quibus aut dicant aliquid quod prosit, aut in mendacio vel cupiditate laedendi deprehendantur. Inst. orat. l. 6 cap. 7. Jedenfalls wird durch solches Vorgehen nicht blos der Wahrheit besser, sondern auch der Unschuld sicherer gedient als durch taktische und dialektische Kunststücke, wie sie Quintilian wohl sonst empfiehlt; z. B. bezüglich der Kritik des von der Gegenseite geführten Zeugenbeweises: Si deficietur numero pars adversa, paucitatem — si abundabit, conspirationem — si humiles producti, vilitatem — si potentes, gratiam oportebit incessere.

[99] Farinaccius qu. 67 de teste instructo. Mittermaier, Beweis § 44 S 355. 357. Hélie, Instr. crim. V 610; 2. éd. Nr 1868. Duverger Nr 297, II 367 ss.

[100] Hier wie bei den meisten anderen Materien dieser Art greifen die äusseren Vorgänge immer auch in die innere Beschaffenheit der Aussage herüber und stützt sich die Beurtheilung auf beides zugleich. Als Beispiel kann ein Fall dienen, in welchem der französische Cassationshof eine Verurtheilung vernichtete. Der Zeuge war nach seiner den Angeklagten entlastenden Aussage auf Anordnung des Vorsitzenden verhaftet worden; in einer folgenden Sitzung ward er nochmals vernommen und, da er bei seinen Aussagen verharrte, aufgefordert, das darüber aufgenommene Protokoll zu unterschreiben; er bat, vorher sich mit dem Vertheidiger allein besprechen zu dürfen; dies ward ihm gestattet, und als er zurückkam, widerrief er seine Aussage. Das Erkenntniss ist damit begründet, dass die Zeugenaussage frei und unbeeinflusst (spontanée) sein muss, dass diese Eigenschaften einer Aussage fehlen, die erst vollendet wurde, nachdem der Zeuge nach der ausdrücklichen Gestattung des Vorsitzenden über den Gegenstand sich mit einem Dritten besprochen hatte; „was immer den Vorsitzenden dazu bestimmt haben mag . . ., so lässt sich nicht die Möglichkeit ausschliessen, dass der Widerruf einer entlastenden Aussage das Ergebniss nicht sowohl des Einflusses, welchen die öffentlichen Ermahnungen auf das Gewissen des Zeugen üben sollen, als einer geheimen Unterredung mit einer dritten Person, während einer zu diesem Zweck eigens bestimmten Unterbrechung der Sitzung, gewesen ist". Morin verbo „Témoins" Nr 43.

wird sich so ausdrücken, wie sein Bildungsgrad es mit sich bringt; die Genauigkeit und Schärfe der von ihm mitgetheilten Beobachtungen wird der geistigen Begabung, die Sicherheit der Wiedergabe der im allgemeinen bei ihm zu beobachtenden Gedächtnissschärfe und dem Maass von Aufmerksamkeit entsprechen, das er nach seinen Verhältnissen muthmaasslich zur Zeit des Ereignisses demselben zugewendet hat. Bleibt er dahinter zurück, zögert er, zu antworten, sucht er Zeit zu gewinnen, um nachzudenken, bevor er auf eine Frage sich einlässt, so ist dies fast ebenso bedenklich, wie andererseits eine ungewöhnlich fliessende, bis in die kleinsten, entlegensten Details ausgearbeitete Aussage. Nur ist in letzterem Falle die Probe viel leichter zu machen; ist die Aussage einstudirt, so wird sich bald eine Frage finden, welche nicht vorhergesehen werden konnte und auf welche dann nicht nur nicht mit der gleichen Sicherheit und Raschheit geantwortet werden kann, die zu erwarten wäre, wenn der Zeuge nur aus sich heraus sprach, sondern sein Verhalten wird wahrscheinlich in das oben bezeichnete, entgegengesetzte Uebermaass verfallen: er wird plötzlich zurückhaltend, zögernd und überlegend werden.

II. Die Aussage, welche überzeugen soll, muss eben darum zusammenhängend, sicher und bestimmt sein[101]. Was zunächst die Bestimmtheit betrifft, so hat sie natürlich in dem Wissenskreise des Zeugen ihre Grenze. Dass der Zeuge einzelne Umstände nicht mit Bestimmtheit angeben kann, entwerthet die übrige Aussage nicht; sie kann nur natürlich nicht als Beweis für den fraglichen Umstand angesehen werden. Man hat sich in dieser Hinsicht vielfach Schwierigkeiten bezüglich verneinender Aussagen dadurch gemacht, dass man sehr verschiedene Fälle einander gleichstellte[102]. Der Zeuge kann eine verneinende Antwort in dem Sinne geben, dass ihm über einen bestimmten Thatumstand nichts bekannt sei; damit ist nur der Versuch, diesen Umstand zu beweisen, misslungen, keineswegs dessen Gegentheil dargethan. Der Zeuge kann den Umstand aber auch entschieden verneinen, oder, was auf dasselbe hinauskommt, es kann die Sache so liegen, dass der Zeuge den Umstand hätte wahrnehmen müssen, wenn er sich zugetragen hätte. In diesem Falle sagt entweder der Zeuge die Unwahrheit, oder seine Aussage beweist die

[101] Farinaccius quaest. 68. Jenull, Oesterr. Crim. IV 37. Mittermaier, Beweis § 44 S 352. Hélie l. c. Duverger l. c. p 367. Greenleaf I § 440.

[102] Zachariä, Grundriss S 214. Kleinschrod im NA III 531 ff. (Ueber verneinende Zeugnisse). Filangieri l. c. cap. 15 can. 10 p 405. Farinaccius qu. 68 Nr 10—13. Vgl. übrigens oben S 74 ff.

Unwahrheit des behaupteten Thatumstandes. Zwischen diesen beiden Formen der verneinenden Aussage liegt die Angabe, dass der Zeuge sich des Umstandes nicht mit Sicherheit erinnere, nicht genau wisse, ob er wahr sei oder nicht; es ist das eben auch nur eine unbestimmte Aussage, der Regel nach ein misslungener Beweis und da, wo wahrscheinlich ist, dass der Zeuge von dem Vorfall wüsste, wenn er sich wirklich zugetragen, die Begründung einer Vermuthung des Gegentheils.

Ganz verschieden von der Unbestimmtheit der Aussage über einen und denselben Punkt ist dagegen eine schwankende Aussage [103] (varia): wenn der Zeuge nämlich eine bestimmte Aussage über gewisse Thatumstände macht und dann wieder etwas anderes sagt, oder doch sich wieder minder sicher zeigt. Damit wird das Zeugniss nicht blos ungeeignet, diesen Umstand zu beweisen, sondern es wird der Verdacht rege, dass bei anderen ebenso bestimmt bestätigten Umständen die Sicherheit des Wissens und Erinnerns, die Verlässlichkeit der Behauptung keine grössere sei; die ganze Aussage verliert alle oder nahezu alle beweisende Kraft. Testes, qui adversus fidem suae testationis vacillant, audiendi non sunt (l 2 D de testibus, vergl. auch Art. 71 der Carolina: „ob der Zeug inn seiner sage wird wanckelmüthig und unbestendig erfunden"). Nur hat man auch hier sich vor Aufstellung eines allzustarren Grundsatzes zu hüten; es ist nicht ohne Einfluss, was den Zeugen zum Schwanken bringt, ob innere Schwäche, ob Aengstlichkeit und Gewissenhaftigkeit, ob die Einwirkung bestimmter Behauptungen anderer, festerer Charaktere, ob die einer missbräuchlichen, auf Hervorrufung von Verwirrung berechneten Art der Befragung [104], ob endlich Grund vorhanden ist, unlautere Motive bei der ersten Behauptung oder bei der Zurücknahme vorauszusetzen.

---

[103] Vgl. Carrara, Programma l. c. § 951 p 517.

[104] Eine solche kann bei jeder Form des Verhöres vorkommen; sie ist am wenigsten zu verantworten, wenn sich der Richter derselben schuldig macht, denn er verhindert da unmittelbar die Aufklärung der Sache und die Aufdeckung der Wahrheit und erschwert den Sieg der letzteren zugleich dadurch, dass er sich selbst immer unfähiger macht, die Sache objectiv und unbefangen zu beurtheilen. Aber auch die Vertreter der Anklage und Vertheidigung dürfen sich durch den Eifer für die Sache, der sie dienen, nicht zu Einwirkungen verleiten lassen, welche darauf abzielen, die Wahrheit zu verdunkeln, oder in eine Misshandlung des Zeugen ausarten. Anleitungen, wie jene Quintilians: Primum est, nosse testem; nam timidus terreri, stultus decipi, iracundus concitari, ambitiosus inflari, longus protrahi potest — sollten doch nicht ernstlich als Rathschläge citirt werden, wie mit Recht Bonnier sagt, Nr 318 vol. I p 407. Wenn dieser aber Greenleaf das zur Last legt, thut er ihm Unrecht, weil letzterer I § 446 die Stelle nur anführt, um zu zeigen, dass der künstlichste Bau eines falschen Zeugnisses durch

Die Aussage kann aber noch in einem anderen Sinne eine unbestimmte sein, insofern sie nämlich statt der Angabe einer concreten individuellen Thatsache das Urtheil enthält, welches sich der Zeuge auf Grund verschiedener, der Zeit nach auseinanderliegender Wahrnehmungen gebildet hat. Aussagen dieser Art sind unter Umständen ebenso natürlich wie unentbehrlich; z. B. wenn es sich um die Lebens- und Geschäftsgewohnheiten eines Menschen, um dessen Eigenschaften, um die gegenseitigen Beziehungen zweier Personen, um oft wiederkehrende gleichartige Vorgänge oder Aeusserungen handelt. Es kommt hier darauf an, dass man bis auf die Bestätigung einzelner concreter Vorgänge zurückgelangt, welche der Zeuge wahrgenommen hat[105], und welche das Urtheil, dem er — meist in der Form thatsächlicher Angabe, z. B. „die Eheleute haben nicht friedlich gelebt“ — Ausdruck giebt, rechtfertigen. Dass er dabei nicht im Stande ist,

---

geschickte Befragung erschüttert werden kann; er führt übrigens nicht blos jene bedenkliche Anleitung Quintilians (deren Cynismus dadurch gemildert wird, dass auch dieser davon auszugehen scheint, es handle sich um einen Zeugen, qui verum invitus dicturus est) an, sondern auch andere Rathschläge desselben, namentlich dessen Appell an das eigene Interesse: Probos quosdam et verecundos non aspere incessere profuit, nam saepe, qui adversus insectantem pugnassent, modestia mitigantur. (Vgl. auch Best §§ 652. 653.) Und eben Greenleaf führt auch Alisons von Bonnier gebilligte Rathschläge an. Diese laufen darauf hinaus, den Zeugen auf den Gegenstand, um den es sich handelt, zu bringen und ihn dann darüber sich ohne Druck aussprechen zu lassen; es sei so eine bessere Aufklärung zu erwarten, als wenn er fortwährend unterbrochen und abgelenkt werde. „Selbst wenn ein Zeuge offenbar prävaricirt und die Wahrheit verhehlt, wird er selten durch Einschüchterung oder rauhes Anfassen . . . bewogen werden, die Wahrheit durchschimmern zu lassen. Solches Vorgehen wird vielleicht einmal einem schüchternen Zeugen ein aufrichtiges Geständniss herauspressen, gewöhnlich aber bestärkt es den abgehärteten in seiner Lüge und giebt ihm Zeit, zu überlegen, wie anscheinende Widersprüche behoben werden können. Die wirksamste Methode ist, rasch und ins Detail eingehend über eine Anzahl untergeordneter und scheinbar unwichtiger Punkte der Aussage Fragen zu stellen, bezüglich welcher es nicht wahrscheinlich ist, dass der Zeuge eine falsche Antwort vorbereitet hat“ . . . (Alison p 546). Ein anderer auf dem Boden der englischen Praxis stehender Schriftsteller bezeichnet die Grenze des zulässigen so: „Die Richter lassen den Advocaten regelmässig eine beträchtliche Freiheit in Folge des in sie gesetzten unbedingten Vertrauens, dass sie die im Dienste der Gerechtigkeit ihnen eingeräumte Macht nicht zu einem Mittel der Unterdrückung machen werden. Sobald sich aber zeigt, dass eine Frage gestellt wird, welche weder den Streitgegenstand berührt, noch die Jury in die Lage setzen soll, den Werth der Zeugenaussage zu beurtheilen, ist es die Pflicht des Gerichtes, einzuschreiten, und zwar sowohl um den Zeugen gegen das zu schützen, was sich nun als Ungerechtigkeit und Beschimpfung herausstellt, als auch um die Vergeudung der Zeit des Gerichtes zu hindern“. Roscoe p 133.

[105] Mittermaier, Beweis § 44 S 349. Globig I 204.

jeden einzelnen Vorfall nach Ort und Zeit und sonstigen Umständen ins Gedächtniss zurückzurufen, kann, weil es natürlich und oft eher das Gegentheil auffallend wäre, sein Zeugniss der Glaubwürdigkeit nicht berauben. Auch hier kann der Zeuge aber schon selbst in die Lage kommen, eine bestimmte Behauptung gar nicht auszusprechen, sondern nur ein Meinen, ein Dafürhalten; das ist aber kein Grund, ein Zeugniss de credulitate aufzustellen; ob der Zeuge aus den von ihm wahrgenommenen Thatsachen, zu deren möglichst genauer Angabe er auch hier anzuleiten ist, eine Folgerung zuversichtlich oder zögernd zieht, ist gleichgiltig, da die Folgerung der Ueberprüfung des Urtheilers unterliegt: dieser kann gar wohl folgern, wo der Zeuge nur vermuthet, und umgekehrt. Die unbestimmte Angabe des Zeugen bietet hier nur den Anlass, weiter nachzuforschen und bestimmteres an den Tag zu bringen, worauf vielleicht ein Urtheil gestützt werden kann.

III. Das führt aber schon zu der Fundamentalregel für die Kritik des Zeugenbeweises: Bei jeder Angabe des Zeugen muss der Grund seines Wissens erforscht oder doch erkannt werden; es muss sich zeigen, dass er eine Thatsache nur darum aussagt, weil er sie selbst wahrgenommen hat. Treten dabei andere Gründe seines Wissens oder vielmehr seines Fürwahrhaltens hervor, so können diese, wie oben gezeigt ward, selbständige Grundlagen der richterlichen Ueberzeugung werden; die Aussage des Zeugen aber behält nur den Werth der Vermittlung dieser letzteren, ein Zeugniss für die ausgesagte Thatsache selbst ist sie dann nicht mehr. Darum die alte Regel der Glosse (ad l 18 Cod. de testib.): Testis debet reddere rationem dicti sui per sensum corporalem, puta visum vel auditum. „Item, die Zeugen sollen sagen von jrem selbs eygen waren wissen, mit anzeygung ires wissen gründlicher ursach" (CCC A. 65).

Dort heisst es sofort weiter: „So sie aber vonn frembden hören sagen würden, das soll nitt genugsam geacht werden". Damit ist die Frage nach der Berücksichtigung der testes de auditu, der Zeugen vom Hörensagen[106] im richtigen Zusammenhange zur Sprache gebracht. Es ist klar, dass die Aussage des Zeugen nicht das bestätigen kann, was der Zeuge erzählen gehört, sondern nur, dass er

[106] Geib S 355. 624 Anm 339. Farinaccius qu. 69. 70. Mittermaier, Beweis § 44 S 349 (Zusatz in der ital. Ausg. p 438.) Globig I 206. Hélie, Instr. crim. § 359, V 612; 2. éd. Nr 1868. Jenull IV 23. Carrara, Programma l. c. § 961 p 535. 536. Mangin I Nr 103 p 175. 176. Vargha, Vertheidigung S 576. Tippelskirch in GA 1857 S 317. Brauer im GS 1857 I S 48 ff. Schletters J II 41.



es erzählen hörte, und insofern ist er in Bezug auf das erzählte kein Zeuge. (Non enim ipsi sunt testes, sed injuratorum afferunt voces. Quint.). Ebenso gewiss ist, dass die Thatsache, dass etwas gesagt wurde, kein Beweis dafür ist, dass dies sich zugetragen habe; das hat Filangieri vor Augen, wenn er den Kanon aufstellt: „Zeugnisse über Reden machen niemals einen Beweis über strafbare Handlungen, die auf einem Thun beruhen“ [107]. Endlich ist es im höchsten Grade misslich, wenn in dem Stadium des Beweisverfahrens blosses Gerede vorgebracht wird, dessen Grundhaltigkeit so wenig feststeht, als dessen Grundlosigkeit erwiesen werden kann; das Gerede als solches ist kein Beweisthema [108], und wenn der Zeuge, der eine Thatsache bestätigt, schliesslich angiebt, dass er dies nur auf Grund solchen Geredes, wie verbreitet es auch war, thue, ohne einen bestimmten Gewährsmann namhaft machen zu können, so verliert seine Aussage allen Werth (ausgenommen soweit der Umstand, dass eine Thatsache zu einer gegebenen Zeit allgemein besprochen wurde, selbst Gegenstand der Beweisführung ist). Im Stadium der Beweisaufnahme, in der Hauptverhandlung, ist eine solche Aussage ganz unzulässig. Im Vorverfahren kann selbst sie Anhaltspunkte für weitere Nachforschung bieten. Im übrigen aber handelt es sich hauptsächlich darum, die Begriffsverwirrung über das Beweisthema beim Zeugniss vom Hörensagen fern zu halten; an sich ist kein Grund vorhanden, solche Aussagen unbedingt auszuschliessen, es handle sich nun um Reden des Angeklagten oder anderer Personen, welche der Zeuge gehört hat; welche Bedeutung die Thatsache, dass solche Reden geführt wurden, für den Ausgang des Prozesses haben könne, das hängt durchaus von der Beziehung dieser Thatsache zum Hauptbeweisthema ab. Es kann allerdings die so vermittelte Aussage nicht als Beweis der erzählten Thatsache gelten; aber der Umstand, dass jene Aeusserung gemacht wurde, kann den Beweis liefern, dass die darin erwähnte Thatsache

---

[107] Le testimonianze sui detti non fanno mai una pruova legale contro i delitti di fatto. Scienza di legislazione l. c. cap. 15 can. 7 p 403. Das Beispiel, das Filangieri anführt, ist an sich unglücklich gewählt und beweist, dass er viel zu weit geht. Wenn zwei Zeugen bestätigen, dass jemand gesagt habe, er wolle eine bestimmte Person tödten, und diese wirklich getödtet wurde, so wird „das Zeugniss keinen gesetzlichen Beweis gegen denjenigen herstellen, der dies gesagt hat“. Die Aussage wird natürlich nur auf das Vorhaben sich beziehen und auch dieses nicht beweisen, sondern nur glaubhaft machen; sie wird sicher nicht als Zeugniss für die Tödtung gelten können; aber ein rechtlich zulässiges Ueberweisungsmittel ist sie doch gewiss.

[108] Die französische Parömie: Oui dire va par ville et en un muy de cuider, n'y a point pleing poign de savoir. „Vom Hörensagen leugt man viel“.



schon zu einer gegebenen Zeit einer bestimmten Person bekannt war, und dies wieder ein Beweismoment von grösster Wichtigkeit sein. Auch sonst können die mannichfaltigsten für die Entscheidung maassgebenden Schlüsse aus der einmal feststehenden Thatsache einer bestimmten Aeusserung einer bestimmten Person gezogen werden.

Eine andere Frage aber ist, ob diese Aeusserung durch die Aussage der testes de auditu festgestellt werden kann? Hier ist es nun, wo das englische Beweisrecht[109] mit seiner scheinbar unbedingten Ausschliessung des Beweises vom Hörensagen (hearsay evidence) einsetzt. Sie hängt dort zusammen mit dem Fundamentalsatz des englischen Beweisrechtes, nach welchem in jedem gegebenen Falle der beste mögliche Beweis vorgebracht werden muss; die Einwendung gegen Zeugniss vom Hörensagen beschränkt sich also auf das Verbot der Vermittlung von Aeusserungen; es wird gefordert, dass derjenige, der sie machte, selbst als Zeuge gerufen werde und selbst bezeuge,

---

[109] Best §§ 495. 496. 806. sq., deutsche Ausgabe S 320 ff. Roscoe p 23 bis 36. Greenleaf I §§ 98 sq. Taylor §§ 507 ss. Alison p 510 u. 522. Bentham Kap. 4. u. 5, Buch VI, deutsche Ausg. S 238 ff.. Auch bei den Schriftstellern über englisches Recht tritt immer deutlicher hervor, dass es sich nicht um den Gegensatz des Zeugnisses über gehörtes zu dem über geschehenes, sondern um den des Zeugnisses über eine Erzählung und über das erzählte, des originären und des derivativen Zeugnisses handelt. „Wenn die Aeusserungen, über welche das Zeugniss abgelegt werden soll, nur die Erzählung eines“ (schon zur Zeit der Erzählung) „der Vergangenheit angehörigen Vorfalles sind, so können sie nicht als Beweis für die Wahrheit des Vorfalles vorgebracht werden. Sie müssen die Haupthandlung begleiten und mit ihr so verknüpft sein, dass sie als Ergebniss der coexistirenden Motive erscheinen“ (Greenleaf). Am kürzesten und erschöpfendsten fasst Alison das englisch-schottische Beweisrecht in folgende Sätze zusammen: „Zeugniss über das, was man sagen hörte, ist im allgemeinen unzulässig, ausgenommen, wenn der seither verstorbene Verletzte mit Ueberlegung die ihm widerfahrene Unbill erzählt hat, oder wenn die beschädigte Person de recenti die ihr angethane Gewalt geklagt hat (Hauptfall: Nothzucht), oder wo die Ausrufe dritter Personen einen Theil der vom Zeugen beschriebenen res gesta bilden“. Dass Aeusserungen des Angeklagten selbst jederzeit (als aussergerichtliches Geständniss) bezeugt werden können, unterliegt nach englischem Recht ebenfalls keinem Zweifel. Ebenso ist es zulässig, dem Zeugen gegenüber abweichende Erzählungen desselben Vorfalles, die er vorgebracht, darzuthun. Die Eigenthümlichkeit des englischen Rechtes besteht also nur darin, dass es die Zulässigkeit des mittelbaren Zeugnisses auf den Fall der im Bewusstsein des herannahenden Todes vom Beschädigten gegebenen Erzählung beschränkt, daher in anderen Fällen, auch wo der ursprüngliche Zeuge nicht vernommen werden kann, nicht gestattet, dass über dessen aussergerichtliche Erzählung ein Beweis beigebracht werde. Dass in dieser Hinsicht die Regeln des englischen Rechtes noch zu starr sind, erkennt Bentham an. Uebrigens wird auch in England der Unterschied zwischen eigentlichem Beweis und Nachforschungsmaterial (legal and indicative evidence) berücksichtigt. Vgl. noch Stephen, Digest art. 14 sq.

was er früher aussergerichtlich ausgesagt haben soll. Aus diesem Grundsatz folgt aber keineswegs die Ausschliessung alles Zeugnisses vom Hörensagen, da, wie sich aus obigem ergiebt, nicht jede Aeusserung, welche vor Gericht erzählt wird, in ihrer ursprünglichen Gestalt die aussergerichtliche Bezeugung von Thatsachen enthält oder als solche vorgebracht wird [110]; ist dies aber nicht der Fall, so kann sie ebenso gut durch den, der sie hörte, bezeugt werden wie durch den, der sie vorbrachte. Es ist ferner, selbst wo es sich um ein mittelbares Zeugniss handelt, wenigstens in denjenigen Fällen, in welchen der ursprüngliche Träger der Aeusserung nicht vernommen werden kann, nicht gerechtfertigt, die vielleicht wichtigen Mittheilungen, welche in derselben enthalten waren, den Urtheilern unbedingt vorzuenthalten, zumal ja andere Mittel der Erprobung ihrer Wahrheit zur Verfügung stehen können, welche für die gewiss beste Gewähr, welche in der Unmittelbarkeit der Aussage liegt, einen Ersatz bieten. Dass aber dieser Ersatz nöthig ist und in dem Maasse nöthiger, durch je mehr Personen die Aeusserung vermittelt wurde, ehe sie an den Zeugen kam, sollte ebenso wenig ausser acht gelassen werden, als dass das directe Zeugniss unbedingt den Vorzug verdient, weil Aussagen über gesprochene Worte an sich schon weniger verlässlich sind, als solche über Thaten, und keine Aeusserung völlig unverändert durch den Mund mehrerer Personen nacheinander geht [111].

Geht schon aus vorstehendem hervor, dass die Nachforschung nach dem Grunde des Wissens allein dafür Gewähr giebt, dass ein wirkliches Zeugniss und nicht blos der Schein eines solchen dargeboten

---

[110] Mit Recht sagt daher Taylor: „Sehr oft dreht sich der Streit gerade nur darum, ob etwas gesagt oder geschrieben wurde, nicht ob es wahr ist, während andererseits mündliche oder schriftliche Aeusserungen als natürliche oder nothwendige Elemente des zu beweisenden Ereignisses dargeboten werden".

[111] Der im Falle Calas verübte Justizmord ward hauptsächlich dadurch veranlasst, dass die Drohung, welche der Vater gegen seinen Sohn ausgestossen haben sollte, durch eine ganze Reihe von Zwischenzeugen bewiesen wurde, welche einer vom anderen den Vorgang erfahren haben wollten. — Den bedenklichen Einfluss, den einmal in Gang gebrachtes Gerede auf die Verlässlichkeit der Zeugen zu üben vermag, schildert am besten eine von Bentham angeführte Stelle in Montaigne (Buch 3, Kap. 2): „Die ersten, die ein Gerücht verbreiten, fühlen durch die Einwürfe, die man ihnen macht, wo die Schwierigkeit der Ueberzeugung sitzt, und sie verdecken diese Stelle mit einer Lüge. Der Irrthum des einzelnen erzeugt zuerst den öffentlichen Irrthum und alsdann erzeugt der öffentliche Irrthum den Irrthum des einzelnen. So geht der ganze Bau fort, sich hebend und bildend von Hand zu Hand, so dass der entfernteste Zeuge besser unterrichtet ist, als der nächste, der letzte stärker überzeugt ist, als der erste".



wird, so kommt dann noch dazu, dass nichts so sehr den unaufrichtigen oder unachtsamen Zeugen der Entdeckung blosstellt, als wenn er gezwungen ist, über die Art und Weise Rechenschaft zu geben, wie er das von ihm bezeugte erfahren hat.

IV. Liegt die Aussage geschlossen vor, so muss sie ein in sich übereinstimmendes Ganze bilden[112], dessen einzelne Theile sich gegenseitig stützen oder doch wenigstens nichts darbieten, was die überzeugende Kraft des Ganzen abzuschwächen geeignet ist. Es ist hier nicht mehr von Widersprüchen die Rede, welche der Zeuge behoben hat, indem er einzelne seiner Angaben und Behauptungen für unwahr erklärt, sondern von denjenigen, welche nach Abschluss der Aussage, und insbesondere nach dem vergeblichen Versuche, etwaige Missverständnisse einer Frage oder einer Antwort aufzuklären und zu beheben, noch übrig bleiben. Es kann dann vorkommen, dass der Zeuge, trotzdem er auf die Unvereinbarkeit zweier Behauptungen aufmerksam gemacht wird, auf beiden beharrt, weil er entweder nicht im Stande ist, deren Unvereinbarkeit zu erkennen, oder weil er seine Erinnerungen nicht genügend zu sammeln vermag, um herauszubringen, welche der beiden Vorstellungen, die er in sich trägt, die richtige ist, oder endlich, weil er nicht eingestehen mag, dass eine seiner Angaben unrichtig war. Es wird sich z. B. zeigen, dass nach der Aussage des Zeugen ein bestimmtes Ereigniss sich zu einer bestimmten Zeit, an einem bestimmten Orte zugetragen haben soll, dass aber nach derselben Aussage zugleich ein anderes Ereigniss eingetreten sein soll, welches nicht denkbar ist, wenn die erste Angabe in all ihren Details richtig ist. Namentlich die Aufeinanderfolge der Vorgänge kann entscheidend sein, wenn nach der Angabe des Zeugen dasjenige Ereigniss vorausgegangen sein müsste, welches der Natur der Sache nach erst aus dem anderen entstehen konnte. Wenn der Zeuge angiebt, einen bestimmten Vorgang gesehen zu haben, der sich nach seiner eigenen Aussage in tiefer Dunkelheit zugetragen hat — gehört zu haben, was in einer Entfernung vorging, welche das Hören ausschliesst u. dgl. m. — wenn er Mittheilungen über das Gespräch anderer macht, obgleich das Gespräch nach seiner Angabe ganz leise oder in einer ihm unverständlichen Sprache geführt wurde, so ist ein Widerspruch vorhanden, in den der Zeuge gewöhnlich dadurch geräth, dass die unvereinbaren Angaben nicht unmittelbar hinter einander gemacht werden[113].

---

[112] Globig I 107. 184 ff.

[113] Quintilian räth daher dem Ankläger angesichts eines den Angeklagten begünstigenden Zeugen: Hujusmodi testis multa de anteactis, multa de insecutis, loco,



Wo dann die Aufklärung nicht erfolgt oder nicht versucht werden kann, kann immerhin noch ein Missverständniss, ein Irrthum, eine undeutliche Ausdrucksweise vermuthet werden. Allein selbst wo diese Vermuthung zur höchsten Wahrscheinlichkeit erhoben wird, lässt sie dennoch den Urtheiler im Zweifel darüber, welche der beiden Angaben, die gleichmässig auf das Zeugniss gestützt werden können, für wahr zu halten sei; es ist also keine derselben durch das Zeugniss erwiesen. Ueberdies verräth aber der ganze Vorgang entweder, dass der Zeuge absichtlich die Unwahrheit gesagt, oder dass er die Eigenschaften, welche ein verlässliches Zeugniss verbürgen, nicht besitzt. Im ersten Falle war man sonst geneigt[114], das ganze Zeugniss ganz zu verwerfen unter Anrufung des Satzes: mendax in uno mendax in omnibus. Der Satz ist aber keineswegs richtig; wer sich als Lügner erweist, dem ist zwar zu misstrauen, und es ist namentlich zu vermuthen, dass er in allem lügt, worin dies sein Interesse oder das Motiv, das ihn zur Unwahrheit bestimmte, fordert, nicht aber, dass alles unwahr ist, was er sagt. Es ist daher zunächst das Motiv der Lüge zu erforschen; wenn dieses erkannt wird, erscheint alles entwerthet, was von demselben berührt wird, so weit nicht anderweitige Bekräftigungsmittel der Aussage eine Glaubhaftigkeit verschaffen, die auf der Annahme der Wahrhaftigkeit des Zeugen nicht mehr beruhen kann. Kann das Motiv der Lüge nicht oder nicht mit Sicherheit entdeckt werden, so fehlt allerdings das eben bezeichnete Correctiv, und das Misstrauen muss sich auf jede Aussage des Zeugen erstrecken. Aehnlich ist es mit Mängeln der Fähigkeit des Zeugen, welche den Widerspruch erklären können: ungenaue Beobachtung oder Erinnerung, Unfähigkeit, die Gedanken zu ordnen, sich verständlich auszudrücken, den Zusammenhang der Dinge zu übersehen, selbsterlebtes von später gehörtem oder später entstandenen Vermuthungen zu sondern u. dgl. m. Ist es nicht möglich, den Fehler zu finden und das von demselben beherrschte Gebiet mit Sicherheit abzugrenzen, so wird das Zeugniss

---

tempore, persona caeterisque est interrogandus, ut in aliquod responsum incidat, post quod illi vel fateri, quae volumus, necesse sit, vel iis, quae jam dixerit, repugnare.

[114] Noch Carrara l. c. § 953 Nr 5 p 516 stellt den Satz vorbehaltlos als regola di ragion naturale hin. Der Satz hatte auch seine Berechtigung auf dem Boden der gesetzlichen sei es positiven, sei es negativen Beweistheorie; denn dass ein solcher Zeuge wegen des Misstrauens, das er einflösst, nicht mehr als vollgiltiger mitzählen kann, ist unzweifelhaft. S. dagegen namentlich Wills ch. 8 sect. 2 Nr 3 p 287 ff. und die dort angeführte Warnung Paleys vor der Uebertreibung der Bedeutung kleiner Ungenauigkeiten: The usual character of human testimony is substantial truth under circumstantial variety.

werthlos; und dies wird sogar hier häufiger der Fall sein als bei einem lügnerischen Zeugniss. Der Beurtheiler des Werthes eines Zeugnisses muss aber auch die Kehrseite ins Auge fassen. Eben weil Lügenhaftigkeit oder geminderte Fähigkeit des Zeugen sich sehr leicht in der Aussage selbst, in dem Mangel ihres inneren Zusammenhanges, ihrer Harmonie, verrathen, eben darum trägt eine Aussage, welche trotz sorgfältiger Erprobung solche Mängel nicht erkennen lässt, die beste Gewähr der Richtigkeit in sich selbst, so lange nicht Umstände vorliegen, welche darauf deuten, dass die Aussage von einem ungewöhnlich befähigten und sorgfältig vorbereiteten oder abgerichteten Zeugen herrührt.

V. Nemo allegans turpitudinem suam est audiendus[115]. Dieser alte Juristenspruch muss ebenfalls hier in Betracht gezogen werden, weil er die Hinweisung auf ein aus der Beschaffenheit der Aussage gegen deren Berücksichtigung sich ergebendes Bedenken enthält. Welchen Einfluss die sittliche Unwürdigkeit des Zeugen auf dessen Glaubwürdigkeit übt, ist oben (§ 3) eingehend untersucht worden. Dass der Zeuge selbst die Umstände angiebt, welche ihn in diesem ungünstigen Lichte erscheinen lassen, vermag daran nichts zu ändern; im allgemeinen wird man geneigt sein, diese Umstände eher für wahr zu halten, wenn sie der Zeuge selbst angiebt oder zugiebt, als wenn er sie in Abrede stellt. Insofern ist also jener Satz unhaltbar. Das gleiche muss namentlich von dem Inhalt der Aussage eines Mitschuldigen gesagt werden; man wird ihm eher die auch ihn belastenden Umstände glauben als die nur andere treffenden. Auch sonst wird daraus, dass eine in der Aussage des Zeugen enthaltene Angabe ihm zur Unehre gereicht, eher der Beweis fliessen, dass er gegen sein eigenes Interesse die Wahrheit sagt, und dadurch wird seine Aussage an Glaubwürdigkeit vielleicht mehr gewinnen, als sie durch die zu Tage tretenden Charakterfehler des Zeugen verliert. Wenn jedoch der Zeuge Thatumstände dieser Art vorbringt, ohne dazu genöthigt zu sein, und wenn die ganze Art der Aussage den Verdacht nahe legt, dass er dies um seines Vortheils willen thue und also letzteren selbst um den Preis seiner Ehre verfolge, wird dies die Aussage in ihrem Werthe ausserordentlich tief herabdrücken; von Unzulässig-

[115] Vgl. besonders Greenleaf I § 288. Die Frage spielt gewöhnlich im Civilprozess eine grössere Rolle als im Strafprozess, namentlich bei der Ableugnung der Echtheit von Unterschriften. — Auch die Art, wie der Zeuge in die Kenntniss des von ihm bezeugten Vorfalles kam, kann ihn entehrende, hinterlistige Veranstaltungen enthüllen; z. B. wenn er behauptet, einen Brief heimlich geöffnet, an der Thür gehorcht zu haben u. dgl.

keit kann im heutigen Beweisrecht natürlich hier nicht gesprochen werden.

§ 6. Fortsetzung: V. Vergleichung der Aussage mit anderen Erkenntnissquellen.

Die Person des Zeugen, die Modalitäten und die Beschaffenheit seiner Aussage sind aber nicht allein dafür entscheidend, ob der Inhalt der letzteren für wahr anzunehmen ist. Ehe dieser sich einfügt in die Summe der in uns angesammelten thatsächlichen Annahmen, muss eine Auseinandersetzung mit diesen, sie seien nun aus allgemeinen oder aus durch diesen Prozess erschlossenen Erkenntnissquellen geschöpft, stattfinden.

I. Durch Leben und Beruf gleichmässig genöthigt, unablässig uns Urtheile über die Wahrheit von Thatsachen zu bilden, sind wir gewöhnt, unsere Kenntniss der Gesetze, welche die Natur und das Denken und Handeln der Menschen beherrschen, in erster Linie zu benützen [116], um gewisse Angaben, welche mit denselben unvereinbar sind, von vornherein auszuschliessen. Wenn dann der Zeuge eine Thatsache angiebt, welche physisch, moralisch, logisch unmöglich ist, so werden wir nicht geneigt sein, unsere allgemeinen Ueberzeugungen dem Vertrauen zu opfern, das an und für sich seine Aussage uns einzuflössen geeignet wäre. Im Gegentheil werden wir sie entweder sofort als widersinnig verwerfen, oder wir werden uns allenfalls dadurch bestimmen lassen, unsere allgemeinen Anschauungen einer Ueberprüfung zu unterziehen und uns zu vergewissern, ob sie auf sicherer, unerschütterlicher Grundlage ruhen (und dazu kann bei der fortwährenden Erweiterung menschlichen Wissens allerdings oft Grund genug vorhanden sein); aber so lange wir eines jener Gesetze als unerschüttert betrachten, so lange werden wir dem Zeugniss, das mit dessen Geltung unvereinbar ist, den Glauben versagen, selbst wenn dann das Zeugniss selbst uns ein unerklärbares Ereigniss bleibt. Werden wir in unserer allgemeinen Ueberzeugung unsicher, so muss dies in etwas anderem als blos in der Thatsache eines vereinzelten, wenn auch an sich unanfechtbaren Zeugnisses seinen Grund haben. In der Regel wird übrigens dann die Sache auch so liegen, dass zur

[116] L 21 D de testib.: quod naturae negotii convenit. Globig I 195—203. Vgl. jedoch auch S 3. 8. 17. 18. 27. 28. 86 ff. Mittermaier, Beweis § 44 S 349 ff. (ital. Ausg. S 425). Jenull IV 37. 38. Kitka, Beweislehre S 145. Hélie, Instr. § 359, V 608. 609; 2. éd. Nr 1867. Carrara, Programma l. c. § 953 n. 1 p 516. Stephen, General view ch. VII p 249 sq.



Aufhellung des Zweifels die mit der allgemeinen Bildung verbundenen Kenntnisse nicht genügen und dass die Hilfsmittel einer Fachwissenschaft herangezogen werden müssen.

Was wir sonach Grund haben, als unmöglich anzusehen, das werden wir unbedingt nicht glauben; aber auch dasjenige, was wir aus gleichen Gründen nur als sehr unwahrscheinlich betrachten, das werden wir kaum geneigt sein, der durch nichts anderes unterstützten, wenn auch im übrigen kein Bedenken einflössenden Aussage eines Zeugen zu glauben.

Das vorstehende gilt insbesondere auch bezüglich der Frage, ob es möglich war, dass der Zeuge unter den von ihm angegebenen Umständen das wahrnahm, was er aussagt, also namentlich ob er die gerade für diese Wahrnehmung nöthige Befähigung und Gelegenheit hatte[117].

II. Indess ist die Vergleichung der Zeugenaussage mit anderen Beweisergebnissen des Prozesses von viel grösserer praktischer Wichtigkeit. Fast immer wird die Untersuchung und Verhandlung noch andere Beweismaterialien zu Tage fördern, welche ebenfalls auf die Ueberzeugung des Urtheilers einwirken. Die Fundamentalregel für die Beweiswürdigung, welche erst bei voller Freiheit der letzteren zu ungehemmter Geltung gelangt, fordert eben, dass der Urtheiler das Beweisergebniss in seiner Gänze auf sich einwirken lasse, sich Rechenschaft darüber gebe, ob das Ergebniss einer einzelnen Beweisaufnahme durch ein anderes bestärkt, entkräftet oder sonst beeinflusst werde. — Hier muss man sich jedoch auf diejenigen Verhältnisse beschränken, welche eine specielle Beziehung zum Zeugenbeweise haben. Die persönlichen Verhältnisse des Zeugen und dessen Beziehungen zum Prozess, von denen die Würdigung seines Zeugnisses abhängt, bilden selbst den Gegenstand auch solcher Beweisaufnahmen, welche nicht mit der Vernehmung dieses Zeugen verbunden sind. Von besonderer Wichtigkeit aber ist die Vergleichung der Aussage eines Zeugen mit der eines oder mehrerer anderen. Alle Gründe, dem Zeugniss zu glauben, und alle Mittel, den Inhalt der Aussage einer Erprobung zu unterziehen, sind allgemeiner Natur und unabhängig von der Persönlichkeit des Zeugen, alle Gefahren absichtlicher oder unabsichtlicher Täuschung hängen mit dessen Persönlichkeit zusammen. Die Gefahren

---

[117] Dollmann, System des bayer. StP S 95 Anm 3. Hudtwalker und Trummer, Criminalistische Beiträge I 599: Lässt sich jemand in dunkler Nacht beim Scheine eines Feuergewehres erkennen? S. auch Mittermaier in GA 1866 S 596. Wills ch. 5 p 148—152.



der Irreführung vermindern sich also, wenn die Beweisführung überhaupt und zumal der Beweis eines bestimmten Thatumstandes sich auf eine Mehrheit von Zeugenaussagen stützt. Sagen die mehreren Zeugen über denselben Umstand aus, so wird ihre Aussage gewissermaassen eine einheitliche; die Kritik, welcher sonst die Aussage eines Zeugen unterzogen wird, erstreckt sich gleichmässig auf alle denselben Gegenstand betreffenden Aussagen; erscheinen sie, mit einander verglichen, als unsicher oder widersprechend, so schwächen sie sich gegenseitig; stimmen sie mit einander überein, so ist dies eine um so grössere gegenseitige Bestärkung, als mit der Mehrheit der Aussagenden die Wahrscheinlichkeit von Widersprüchen namentlich dann wächst, wenn nicht die Gleichheit der gemachten Wahrnehmungen die Gleichheit der Aussage verbürgt. Ist der einzelne Zeuge in Gefahr, sich in Widersprüche zu verwickeln, wenn er lügt oder auch nur ohne sorgfältige und gewissenhafte Ueberlegung aussagt, so steigt diese Gefahr mit der Zahl der zu vernehmenden Zeugen, und sie kann selbst durch die sorgfältigste Verabredung nicht ganz ausgeschlossen werden. Aber auch wo nicht absichtliche Lüge oder grobe Unaufmerksamkeit ein Zeugniss beeinträchtigen, kann es leicht geschehen, dass ein Umstand dem einen Zeugen zur Zeit der Wahrnehmung oder zur Zeit der Aussage entging, der für die Sache von Bedeutung ist, und dessen Erwähnung von Seite eines anderen daher entscheidenden Einfluss üben kann. Die Gegenstände der Aussage mehrerer werden auch sonst sich nicht immer decken, sondern durchkreuzen, und auch in diesem Falle führt die Vergleichung, oft noch in weit grösserem Maasse, dazu, dass das naturgemässe Ineinandergreifen von Vorgängen, die keinem der Zeugen vollständig bekannt sein konnten (z. B. der eine Zeuge erzählt, dass er eine bestimmte Person sichtlich erregt ein Haus verlassen sah, der andere erzählt einen heftigen Auftritt, welchen die erwähnte Person unmittelbar vorher in jenem Hause hatte; ein Zeuge erzählt von einer Verletzung des Fusses, ein anderer, dass er den Verletzten hinken sah), die Richtigkeit der Angabe jedes einzelnen (namentlich nach Zeit, Ort u. s. w.) bestätigt. Es wird aber auch umgekehrt der Mangel des bei richtiger Auffassung und Darstellung unvermeidlichen Ineinandergreifens und Zusammenstimmens zur Vorsicht, zur Sichtung des vernommenen und dazu mahnen, nicht eher einen bestimmten Vorgang als erwiesen anzunehmen, als bis die Uebereinstimmung hergestellt oder doch die Nichtübereinstimmung in beruhigender Weise erklärt ist. Betrachtet man die grossen Vortheile, welche die so ermöglichte Controle einer Zeugenaussage durch die andere bietet, so ist es erklärlich, dass zu allen Zeiten der grösste Werth darauf gelegt

wurde, dass eine Mehrheit von Zeugen jeden entscheidenden Thatumstand bestätige, und dass es bei jedem denkenden Richter ein banges Gefühl hervorrufen muss, wenn die Sache so steht, dass die ganze Beschuldigung oder auch nur die Annahme oder Nichtannahme eines den Angeklagten wesentlich belastenden Thatumstandes lediglich von der Aussage eines Zeugen abhängt, und er sich sagen muss, dass, wenn erkennbare oder verborgene Motive vorhanden sind, welche die Reinheit dieses Zeugnisses zu beeinflussen geeignet wären, die Gefahr einer Irreführung der Justiz viel grösser ist, als wenn der Beweis durch eine Reihe von einander und von der Aussage einzelner Personen unabhängiger Umstände künstlich hergestellt erscheint.

Es ist daher erklärlich, dass, anknüpfend an theilweise missverstandene Bibelstellen [118], an vereinzelte und ebenfalls nicht richtig aufgefasste Stellen der römischen Rechtsquellen [119], denen sich erst spät ein bestimmter Befehl eines Kaisers und das kanonische Recht anschlossen [120], die römisch-kanonistischen [121] Juristen dazu gelangten, Anforderungen an den Zeugenbeweis zu stellen, die den Eindruck einer sehr bestimmten, sicheren und beruhigenden Regel machten, in der Carolina [122] ausdrücklich anerkannt sind und deren Einbürgerung im

---

[118] 5. Buch Moses 17, 6; 19, 5. Matthäus 18, 16. 2. Korinth. 13, 1. Hebr. 10, 28.

[119] Fast zur Rechtsquelle geworden sind da auch einzelne Stellen aus römischen Historikern. Vgl. z. B. folgende Stelle in Mathaeus de crim. l. 48 tit. 15 c. 3: Itaque valde laudanda viri excellentissimi Qu. Scaevolae modestia qui testis in reum productus, cum id respondisset, quod salutem periclitantis magnopere laesurum videbatur, discedens adjecit, ita sibi credi oportere, si et alii idem asseverassent, quoniam unius testimonio credere, res esset pessimi exempli (Val. Maxim. l. 4 cap. 1). Attamen uno teste C. Scantinum Capitolinum trib. plebis damnatum legimus etc. (conf. Farinaccius qu. 63 Nr 4). — Vgl. übrigens l 20 D de testib. 22. 5, l 30 D de qu. 48. 18, l 1 Cod. Theod. de fide test. und die weiteren Anführungen bei Geib S 624 Anm 388, Escher p 158. 159.

[120] L 9 § 1 C de testib. 4. 20 (Constant.): Simili modo sanximus, ut unius testimonium nemo judicum in quacumque causa facile patiatur admitti; et nunc manifeste sancimus, ut unius omnino testis responsio non audiatur, etiamsi praeclarae curiae honore praefulgeat. — C. 23 X de testib. 2. 20: . . . non minus quam duorum vel trium virorum, qui sunt probatae vitae et fidelis conversationis, testimonium admittatis. Juxta illud dominicum: In ore duorum vel trium testium stat omne verbum. Quia licet quaedam sint causae, quae plures quam duos exigant testes, nulla est tamen causa, quae unius testimonio (quamvis legitimo) terminetur.

[121] Vgl. bezüglich der Entwickelung der Lehre auf kanonistischer Grundlage besonders Gross S 291 ff. Farinaccius qu. 63. Mathaeus l. c.

[122] CCC A. 23 u. 30: Item eyn halb beweisung, als so eyner in der hauptsach die missethat gründlich mit eynem eyntzigen guten tugentlichen zeugen . . . beweiset, das heyst und ist ein halb beweisung . . .

Volke durch manchen Spruch bezeugt ist[123]. Dieses System, welches mit Recht als der Eckstein der gemeinrechtlichen Beweistheorie bezeichnet wird, ist durch drei Regeln charakterisirt: Die Aussage zweier unanfechtbarer Zeugen ist nothwendig, um einen vollen Beweis herzustellen; — sie macht aber auch vollen Beweis; — die Aussage eines solchen Zeugen macht einen halben Beweis. Die drei Sätze fliessen scheinbar ganz natürlich aus einander; allein wenn der dritte nur zu einer geistlosen Künstelei führt, welche einerseits dem Ganzen den Charakter gedankenlosen Arbeitens mit Aeusserlichkeiten aufprägt, andererseits dazu beiträgt, die schützende Kraft des ersten zu brechen, ist der zweite die Umkehr einer Schutzmaassregel in eine schwere Gefährdung[124], und es ist natürlich, dass er schon zu einer Zeit fallen musste, wo der erste noch als unumstössliche Wahrheit verfochten ward[125]. Aber auch der erste war unhaltbar, weil er einem rein

[123] Anknüpfend an die Juristenparömie: Testis unus testis nullus, heisst es: „Wenn einer Zeugniss giebt, das ist wie keiner", aber mit dem bezeichnenden Zusatz: „zwei wie zehn", u. dgl. mehr.

[124] Napoleon I. sagte: Ainsi donc, un honnête homme, par son témoignage, ne pourra faire condamner un coquin, tandis que deux coquins pourront faire condamner un honnête homme. — Aber auch ohne sich der hierin enthaltenen Uebertreibung schuldig zu machen, erkannten die Denker, welche sich in der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts mit dem Strafrecht beschäftigten, bald den Unterschied zwischen der Forderung von zwei Zeugen als Beweisminimum und der Hinstellung ihrer Aussage als für den Richter unbedingt bindend. In welcher, später manchmal abgeleugneten, Schroffheit letztere Regel oft aufgestellt wurde, beweist folgende Anführung Bonniers (I § 343 p 438. 439 unter Verweisung auf Clair et Clapier, Barreau français 1. sér. t. 3) aus einem Requisitorium von Seguier vom Jahre 1786: „Die übereinstimmende Aussage zweier Zeugen, gegen welche keine rechtsgiltige Einwendung vorgebracht werden kann, muss nach allen göttlichen und menschlichen Gesetzen für einen vollen Beweis gelten. Die Natur der Dinge bringt es allerdings mit sich, dass auch zwei untadelige Zeugen sich irren und den Richter irreführen können; der pflichtgetreueste Richter kann getäuscht werden; aber seine Würde leidet nicht darunter, wenn er dem Willen des Gesetzes, der allein seine Urtheile beherrschen muss, gefolgt ist". Die Prozessschrift, gegen welche diese Ausführung gerichtet war, ward auf Befehl des pariser Parlaments vom Henker zerrissen und verbrannt.

[125] Die Begründung von Montesquieu: Un témoin qui affirme et un accusé qui nie font un partage et il faut un tiers pour le vider (Ausdruck und Zusammenhang zeigen, dass Montesquieu hier die Analogie der richterlichen Abstimmung vor Augen hatte) findet sich auch bei Beccaria cap. 8, Uebersetzung Glaser S 43, allerdings ergänzt durch die Berufung auf die „für jeden sprechende Vermuthung der Unschuld". Giuliani, Delle vicende p 12 citirt das Wort falsch und meint, es gebe wohl noch solidere Gründe, aber keinen so schlagenden. Filangieri a. a. O. cap. 15 can. 3 p 401 schliesst sich aber der Begründung nicht

äusserlichen Umstand ein ausschlaggebendes Gewicht beilegte, weil er, in unbedingter Geltung gelassen, zur Verübung von Verbrechen unter Verhältnissen, welche die Straflosigkeit zu sichern scheinen, ermuntern musste und weil er den Richter verurtheilt hätte, dem noch so unverdächtigen Beschädigten Gehör zu versagen, wenn er mit dem Verbrecher allein war. Die Regel ward daher auf die mannichfachsten Arten, erst durch die Zulassung der Folter, dann durch Aufstellung künstlicher Beweisrechnungen und durch Zulassung ausserordentlicher Strafen und der Verdachtsstrafe der Instanzentbindung, durchlöchert. Sie wurde aber, wie jede, auch die negative Beweistheorie, zur Gefährdung des Angeklagten, weil sie den Richter gewöhnte, selbst das, was das Gesetz als Mindesterforderniss hinstellte, als höchstes erreichbares zu betrachten und sich dabei leicht zu beruhigen. Jetzt aber, wo der Zwang äusserlicher Regeln völlig beseitigt ist, darf der gesunde Kern der Lehre doch nicht ausser Acht gelassen werden: die Mahnung zur Vorsicht, ja zum Misstrauen, welche auf dem Mangel der Möglichkeit, eine Aussage durch die andere zu controliren, beruht. Insbesondere darf diese Mahnung dann nicht unbeachtet bleiben, wenn die Beschränkung der Beweisführung auf einen Zeugen nicht durch die Natur des Falles gerechtfertigt ist, sondern die Möglichkeit, andere Zeugen über denselben Thatumstand herbeizuschaffen, geboten ist, oder wenn etwa gar sich zeigt, dass für einen Thatumstand, der der

---

mehr an und beruft sich nur mehr auf die durch die Controle der Aussagen bewirkte Verminderung der Gefahr einer Täuschung. Hält er aber auch am Satz selbst fest, so geht er doch mit vollem Bewusstsein von der positiven zur negativen Beweistheorie über: „Zwei fähige Zeugen, welche übereinstimmend die Thatsache, die sie gesehen haben, bestätigen, genügen, um den gesetzlichen Beweis herzustellen, sie genügen aber vielleicht nicht, dem Richter moralische Gewissheit zu verschaffen“. Auf lange Zeit hinaus (in Oesterreich, mit kurzer Unterbrechung, bis zum Jahre 1873) erhielt sich die so begründete negative Beweistheorie, nach welcher die Aussage eines, auch vollgiltigen Zeugen nie genügen sollte, allerdings durchbohrt an der bedenklichsten Stelle, bei der Aussage des Beschädigten. Die positive Beweistheorie ward als Missdeutung der Quellen, die negative als die ihnen allein entsprechende dargestellt (vgl. z. B. Mittermaier, Beweis § 45 S 361, dagegen Zusatz zur ital. Ausgabe p 437. 438). Nur in England war sie von jeher auf einzelne Verbrechensarten, bei welchen die Gefahr einer falschen Anklage besonders nahe lag (Hochverrath, Meineid), eingeschränkt. Und selbst gegen diese kämpft, nicht ohne Uebertreibung, Bentham: „Jeder ist ausgeschlossen, sei er, wer er mag, wenn er nicht einen zweiten mitbringt. Das beruht auf der doppelten Voraussetzung, dass alle Menschen Lügner und alle Richter Thoren sind“. Vgl. die auch allgemein interessante Darstellung bei Best, Introd. § 52 p 60 §§ 596 sq. p 743 sq., deutsche Ausg. S 360 ff.; ferner Greenleaf I § 255 sq.; Ellero l. c. cap. 24 p 141 sq.

Aufmerksamkeit und Kenntnissnahme vieler zugänglich war, nur ein Zeuge aufgetrieben werden kann[126].

Von viel grösserer Wichtigkeit als der Fall, wo nur ein Zeuge über einen Umstand aussagt, ist der von der gemeinrechtlichen Doctrin mit jenem unter den gemeinsamen Gesichtspunkt des Gebrechens der singularitas gebrachte Fall geradezu widersprechender Aussagen mehrerer Zeugen über denselben Thatumstand[127].

Es ist dies diejenige Sachlage, in welcher die Urtheiler sich vor allem gegenwärtig zu halten haben, dass sie ihre Entscheidung auch über die Thatfrage ebenso wenig auf rein äusserliches (z. B. auf die grössere Zahl[128] der auf der einen oder der anderen Seite auftretenden

---

[126] Wills ch. 8 sect. 2 Nr 2 p 282 ss.

[127] Von dem Gedanken ausgehend, dass die vereinzelte Aussage, als eine singuläre, an einem inneren Gebrechen leide, hat man die Singularität als den Gegensatz der Uebereinstimmung, der Harmonie der Zeugnisse, hingestellt. Man unterschied dann: singularitas obstativa, welche jede Möglichkeit einer Vereinigung der widerstreitenden Aussagen ausschliesse, und die singularitas diversificativa — im Gegensatz zur singularitas adminiculativa. Vgl. z. B. Farinaccius qu. 64. Henke, Darst. S 193. 194. Globig I 183 ff. Gross S 296. 297. Jenull IV 45. Mittermaier § 47 S 378 ff. Stübel, Criminalverfahren §§ 861. 862. Zachariä, Grundlin. S 231. 232. Carrara, Programma l. c. p 516 sq. §§ 953. 954. Dieser, wohl der neueste Schriftsteller, der sich mit dieser veralteten Eintheilung befasst, erklärt sie in folgender Weise: Die singularitas im Gegensatz zur unicitas beruhe darauf, dass verschiedene Zeugen über dieselbe Thatsache verschieden aussagen. Obstativ sei sie, wenn die Aussagen die Hauptsache betreffen und unter einander unvereinbar seien, was dann den sich gegenseitig aufhebenden Zeugnissen alle Glaubwürdigkeit benehme; z. B. es handelt sich um einen Schlag, der A versetzt wurde; B sagt, er habe dies gesehen und habe gesehen, dass Z den Schlag versetzte; C, er habe gesehen, dass X es that. Von singularitas diversificativa spreche man, wenn die Aussagen zwar nicht nebeneinander bestehen können, die Verschiedenheit aber nur einen Nebenpunkt betreffe: z. B. B sagt, Z habe den Schlag versetzt, er habe damals rothe Strümpfe getragen, C sagt dasselbe, jedoch mit dem Beisatze, Z habe schwarze Strümpfe getragen. Dies beeinträchtigt die Beweiskraft, schliesst sie aber nicht völlig aus. Von singularitas adminiculativa spreche man, wenn die Abweichungen der Aussagen Nebenpunkte betreffen und sich möglicherweise in Einklang mit einander bringen lassen; z. B. B sagt, Z habe bei der That den Hut auf dem Kopfe gehabt, C stellt dies in Abrede, wobei angenommen werden kann, dass jeder in einem anderen Zeitpunkt hinblickte, und dass inzwischen der Hut herabfiel, weshalb die Divergenz das Zeugniss nicht abschwächt.

[128] Unter der Voraussetzung ganz gleichartiger Zeugnisse lässt Stübel, CrV § 934 „die grössere Zahl auf der einen Seite den Ausschlag geben". Versteht man unter „gleichartigen Zeugnissen" ihrem inneren Werth nach gleichartige, so wird der Fall selten eintreffen; hält man sich an ganz äusserliche Kriterien, so ist die Regel verderblich. Wer in der Lage ist, falsche Zeugen zu dingen, hätte dann

Zeugen) als andererseits auf dunkle Eindrücke, auf Sympathien oder Antipathien, welche ihnen die Zeugen oder gar deren Behauptungen einflössen, sondern nur auf sorgfältige Prüfung der Gründe für und gegen die Annahme jeder einzelnen Aussage stützen müssen. Schon der Vernehmung muss in solchen Fällen mit besonderer Sorgfalt die Richtung dahin gegeben werden, dass zunächst klar wird, ob und worin ein nicht zu hebender Widerspruch der Angaben der Zeugen besteht, und dann, aus welchen Verhältnissen es zu erklären sein mag, dass gerade dieser Zeuge so, der andere anders aussagt. Die Gründe, auf welchen die Beweiskraft des Zeugnisses überhaupt ruht, und diejenigen, welche sie abschwächen, müssen hier fortwährend berücksichtigt werden und die Anhaltspunkte für die Lösung der Schwierigkeiten bieten, welche sich aus dem besonderen Falle ergeben. Mit besonderer Achtsamkeit muss aber in solchen Fällen darauf gesehen werden, ob die eine oder die andere Angabe in Umständen, welche von der Willkür des Zeugen unabhängig sind, und womöglich in solchen, welche er nicht kennen oder doch auf seine Aussage nicht Einfluss üben lassen konnte, eine Bestätigung findet. Fast immer wird sorgsame Abwägung aller dieser Verhältnisse vernünftige Gründe ergeben, dem einen Zeugen trotz der entgegenstehenden Aussage des anderen Glauben zu schenken. Ist dies nicht der Fall, dann darf der Zweifel nicht durch willkürliche und launenhafte Bevorzugung eines Zeugen vor dem anderen erstickt werden, sondern er muss dem Angeklagten zu statten kommen.

---

nur dafür zu sorgen, dass er deren eine grössere Zahl auftreibt, als welche dem Gegner, der nur wahrhaftige anruft, zur Verfügung stehen können. — Vgl. übrigens über die verschiedenen Versuche, Regeln für den Fall des Widerspruches zwischen Zeugenaussagen zu gewinnen, Geib S 623 Anm 342; c. 23 X 2, 20; Stübel, CrV § 929 ff.; Globig I 179 ff.; Mittermaier § 47 S 373 ff. (ital. Ausg. S 442 ff.); Kitka, Beweislehre § 62 S 229 ff.; CrGO Josephs II. v. 1788 § 130; bayerisches StG v. 1813 A. 294. 295; württemb. StPO v. 1843 A. 317—319.

Zweite Abtheilung.

Die Aussage des Beschuldigten.

§ 7. Geschichtliche Entwickelung.

I. Die Nachrichten über das Beweisrecht des römischen Criminalprozesses[129] sind für die älteste Epoche viel zu spärlich gesäet; sie gestatten nicht mehr, als die aus der streng accusatorischen Grundform des Verfahrens sich von selbst ergebende Folgerung auf die hohe Bedeutung, die dem Geständniss des Angeklagten beigemessen werden musste. War ja in der Unterwerfung, die in der freiwilligen Wahl des Exils lag, in der an das formlose und unentschuldigte Ausbleiben geknüpften Folge sofortiger Verurtheilung die nahezu unbeschränkte Disposition des Angeklagten deutlich anerkannt. Dennoch war das ausdrückliche Geständniss nur ein Beweismittel, freilich ein solches von überwältigender Macht, das einem Zweifel kaum Raum liess, aber doch nicht ein Surrogat des Urtheils, nur eine Grundlage desselben. So blieb es in diesen Beziehungen auch in der Zeit der quaestiones perpetuae, welche zunächst die neue Gestaltung zeigten, dass im Vorverfahren vor dem dasselbe leitenden Beamten sich an die nominis delatio eine Befragung des anzuklagenden durch den Ankläger anschloss, die auf Klärung der Lage, Präcisirung der Anklage abzielte, das Hauptverfahren aber auch dann nicht entbehrlich machte, wenn sofort ein Geständniss abgelegt war. Die passive Haltung des Gerichtes in der eigentlichen Verhandlung, der Mangel eines Verhörs des Angeklagten in derselben sowie einer eigenthümlichen Form für die Beendigung oder vielmehr raschere Abschneidung des Verfahrens im Falle eines vollständigen Geständnisses, die hieraus hervorgehende Nothwendigkeit einer Abstimmung und die Thatsache, dass sich bei derselben die Richter, überdies durch geheime Abstimmung gedeckt, ganz von subjectiven Eindrücken leiten liessen, — alles dies lässt keinen Zweifel daran, dass die Möglichkeit

[129] Geib, De confessionis effectu. Turici 1837. Derselbe, Geschichte S 131 ff. 272 ff. 279 ff. 328 ff. 551 ff. 612 ff. Schauberg, Vergleichung des Geständnisses im Civil- und Criminalprozess. Zürich 1869. S 72. 73. Economu, De confessione criminis. Heidelberg 1858. §§ 2—5.

vorhanden war, auf Grund eines Geständnisses ebensowohl zu verurtheilen, als freizusprechen. Auf letztere war die eigenthümliche und jedenfalls ausnahmsweise Form der deprecatio, die an das mehr oder weniger ausgesprochene Schuldbekenntniss geknüpfte Appellation an die Gunst und Milde der Richter, basirt.

Allein eben darum ist wohl kein Zweifel daran, dass in Fällen, wo es zur Verhandlung in der Sache kam, ein volles Geständniss kaum je vorgelegen haben wird, sondern höchstens ein Zugeständniss (und wohl meist ein stillschweigendes, durch Unterlassung der Bestreitung sich manifestirendes) einzelner mehr oder minder wichtiger Thatumstände. Und da Geständniss und Zugeständniss (der Regel nach) völlig frei waren, so ist nicht zu zweifeln, dass sie auf die Ueberzeugung der Richter wohl immer entscheidenden Einfluss übten. — Wenn wir nun in den späteren Epochen die Nothwendigkeit der Prüfung des Geständnisses mehr und mehr und oft in Worten von schlagender Ueberzeugungskraft betonen sehen[130], so hängt dies in erster Linie damit zusammen, dass die accusatorische Form mehr in den Hintergrund trat, dass im Vorverfahren dem Richter ein immer mehr benutzter Anlass geboten war, auf ein Geständniss hinzuwirken, und dass andrerseits eine mehr verantwortliche Stellung des Urtheilers und die Möglichkeit weiteren Rechtszuges die Nothwendigkeit erkennen liess, die Beweisgrundlage des Urtheils sorgfältig zu prüfen, damit sie auch höherer Kritik Stand halte. Vor allem ist es aber unverkennbar, dass es die Folter war, die zu solcher Vorsicht mahnen musste, nachdem sie, obgleich in ihrer ganzen Gefährlichkeit sowohl für die Gerechtigkeit als für die persönliche Sicherheit des Angeklagten erkannt[131], dennoch einmal zugelassen, gleich der Fäulniss, die von

[130] Heisst es auf der einen Seite: In totum autem confessiones ita ratae sunt, si id, quod in confessionem venit, et jus et naturam recipere potest (l 14 § 1 D de interrogationibus 11. 1), so warnt auf der anderen Ulpian: Non omnimodo confessus condemnari debet rei nomine, quae an in rerum natura esset, incertum sit (l 1 § 17 D de quaest. 48. 18), und ebendort § 27: Si quis ultro de maleficio fateatur, non semper ei fides habenda est, nonnunquam enim aut metu, aut qua alia de causa in se confitentur. Diesen Worten der Juristen sei noch das Zeugniss Tertullians beigefügt, Apologet. c. 2, angeführt bei Geib S 613: Quando si de aliquo nocente cognoscitis, non statim confesso eo nomen homicidae, vel sacrilegi, vel incesti, vel publici hostis contenti sitis ad pronuntiandum, nisi et consequentia exigatis, qualitatem facti, numerum, locum, modum, tempus, conscios, socios.

[131] L 1 § 23 D de quaestionib.: „Quaestioni fidem non semper, nec tamen nunquam habendam, constitutionibus declaratur. Etenim res est fragilis et periculosa et quae veritatem fallat; nam plerique patientia sive duritia tormentorum ita tormenta contemnunt, ut exprimi eis veritas nullo modo possit; alii tanta sunt im-

dem unsichtbar kleinen Punkt aus, den sie zuerst ergreift, unwiderstehlich über den ganzen Organismus sich verbreitet, mehr und mehr sich im römischen Criminalrecht Geltung errang und eben dadurch dessen Wesen umgestaltete. Anfangs nur gegen Sklaven und zwar in erster Linie gegen für ihre Herren zeugende zugelassen, stieg sie zu immer höher gestellten Personen empor, bis zuletzt die Befreiung von der Folter nur Privilegium der höchsten Stände war, ein Privilegium, das bei gewissen Anklagen bei Seite gesetzt wurde, und zwar gerade bei solchen, welche für die Nachwirkung auf das kanonische Recht und das Strafrecht des späteren Mittelalters von Bedeutung waren, wie Majestätsverbrechen und Zauberei [132].

II. Der Strafprozess des kanonischen Rechtes [133] musste nothwendig an die eben angedeuteten Elemente des römischen Rechtes anknüpfen. Für das Gebiet, das er zunächst beherrschte (Anklagen gegen Geistliche und wegen specifisch kirchlicher Delicte der Laien),

---

patientia, ut quodvis mentiri, quam pati tormenta velint; ita fit, ut etiam vario modo fateantur, ut non tantum se, verum etiam alios criminentur. § 24: Praetera inimicorum quaestioni fides haberi non debet, quia facile mentiuntur; nec tamen sub praetextu inimicitiarum detrahenda erit fides quaestionis. § 25: Causaque cognita habenda fides, aut non habenda". Siehe auch noch l 16 C de poenis 9. 47: „Qui sententiam laturus est, temperamentum hoc teneat, ut non prius capitalem in quempiam promat severamque sententiam, quam in adulterii, vel homicidii, vel maleficii crimine aut sua confessione, aut certe omnium, qui tormentis vel interrogationibus fuerint dediti, in unum conspirantem concordantemque rei finem convictus sit, et sic in objecto flagitio deprehensus, ut vix etiam ipse ea, quae commiserit, negare sufficiat".

[132] S. Geib S 138 ff. 615 ff. Economu § 4. Von besonderer Wichtigkeit für die spätere Entwickelung ist l 20 D de quaest., mit den darin anerkannten Sätzen, dass mit der Tortur nicht vorgegangen werden darf, wenn nicht durch anderweitige Beweismittel der Grund hiefür gelegt ist, und dass die mit Verletzung dieser Regel durch die Tortur erlangte Aussage ungiltig ist. Maritus quidem heres uxoris suae petebat a Suro pecuniam, quam apud eum deposuisse defunctam se absente, et in eam rem unum testem, liberti sui filium, produxerat; apud procuratorem desideraverat, et quaestionem haberi de ancilla. Surus negabat se accepisse, et testimonium non oportere unius hominis admitti, nec solere a quaestionibus incipi, etsi aliena esset ancilla; procurator quaestionem de ancilla habuerat; quum ex appellatione cognovisset imperator, pronuntiavit, quaestione illicita habita unius testimonio non esse credendum; ideoque recte provocatum. Vgl. übrigens bezüglich der Tortur bei den Römern Invernizzi l. II cap. 10 p 125—132. Westphahl, Die Tortur der Griechen, Römer und Teutschen. Leipzig 1785. S 7—80. F. G. A. Wasserschleben, De quaestionum per tormenta apud Romanos historia commentatio. Berol. 1837.

[133] Gross I 96—98. Abegg, Historisch-praktische Erörterungen S 25 ff. Economu § 6. Biener, Beiträge S 75—78. Klenze, Lehrbuch S 79. 80. Köstlin, Wendepunkt S 63.

hatte zwar das Geständniss eine mehr als blos äusserliche Bedeutung; und als dann, zunächst eben wegen der Verfolgung der Ketzerei, der kanonische Strafprozess mit klarerem Bewusstsein als im römischen Prozess je geschehen war, die Einleitung der Untersuchung durch den Richter an die Stelle der Anklage setzte, eben dadurch jedoch in die ersten Stadien des Verfahrens ein vorsichtiges Tasten, in die späteren aber das Bedürfniss brachte, den vom Richter unternommenen ersten Schritt zu rechtfertigen: musste das Geständniss an Werth und Bedeutung steigen[134], das Streben, es zu erlangen, mehr und mehr in den Vordergrund treten. Auf der anderen Seite mahnte die Rücksicht gegen die Geistlichen, gegen welche zunächst regelmässig vorzugehen war, und es drängten die fast die ganze christliche Welt des Mittelalters beherrschenden germanischen Sitten dazu, den Beschuldigten weder willkürlicher Beurtheilung blossen Verdachtes oder für schwankend erachteter Beweise preiszugeben, noch ihn direct zu Geständnissen zu zwingen[135], und so wie im Anschluss an das römische Recht den Bekenntnissen alle Wirkung gegen Dritte abgesprochen wurde[136], so ward auch schon der Fall des Widerrufes eines irrigen Geständnisses berücksichtigt[137]. Allein die Schwäche einer so eingeengten Strafrechtspflege und wohl auch das Misstrauen gegen den

[134] So tritt denn in den Quellen des kanonischen Rechtes das Geständniss schon nicht als ein Beweismittel neben anderen auf, sondern wird vielmehr als eine selbständige Grundlage des Urtheils der Ueberweisung gegenübergestellt: . . si negaverit, ventiletur causa canonice; et si vel sponte confessus, vel legitimis testibus fuerit approbatus, canonica feriatur sententia, c. 1 C XV qu. 5. Sola ergo spontanea confessio et canonicus numerus vel qualitas testium . . . clericum privat proprio gradu, c. 2 eod. — Nos in quemquam sententiam inferre non possumus, nisi aut convictum aut sponte confessum, c. 1 C II qu. 5. Vgl. auch c. 5 eod.: . . . aut reum se ipse confiteatur, aut per innocentes et canonice examinatos regulariter testes convincatur.

[135] S. die unten angeführten Stellen und die Betonung des „sponte“ daselbst; s. ferner c. 1 C XV qu. 6 (wo allerdings nicht deutlich ist, ob nicht auch erzwungene Zeugnisse gemeint sein mögen; jedenfalls ist von erpressten Schriftstücken die Rede): . . . Confessio ergo in talibus non extorqueri debet, sed potius sponte profiteri. Pessimum enim est de suspicione aut confessione extorta quemquam judicare, quum magis sit inspector cordis Dominus, quam operis.

[136] C. 1 X de confessis 2. 18: . . . cum secundum utriusque juris statuta de se confessi super aliorum conscientia interrogari non debent et (crimine laesae majestatis excepto) de reatu proprio confitentis periculosa confessio non est adversus quemlibet admittenda.

[137] C. 3 eod.: . . . quaedam per errorem facti fuit in jure confessus . . . mandamus, quatenus si de hujusmodi potuerit errore docere, providens, ut nullum sibi super hoc praejudicium generetur.

Zeugenbeweis und das Bedürfniss nach vollständiger Reinigung Verdächtiger eröffnete den Weg für die Einführung den Reinigungseides, welcher vom Verdächtigen entweder allein oder unter Beiziehung von compurgatores (in offenbarer Aneignung des Eides mit Eidhelfern) abzulegen war und als purgatio canonica der Reinigung durch die von der Kirche allerdings nur ganz vorübergehend geduldeten Ordalien (purgatio vulgaris) gegenübergestellt wurde [138] und welcher doch, man mag es noch so sehr bestreiten, für den nicht ganz verderbten Schuldigen eine Nöthigung zum Geständniss wurde, das wenigstens eine geringere Strafe zur Folge hatte [139]. Auf der anderen Seite zog,

---

[138] Causa XXII qu. 1—5 X de purgatione canonica 5. 34; X de purgatione vulgari 5. 35; c. 1 X de confessis 2. 18 in fine, c. 5, c. 16, c. 23, c. 26 C II qu. 5; c. 1 C XV qu. 5. — Der Reinigungseid ist für das Strafrecht ein historisches Curiosum geworden (obgleich er gerade in neuester Zeit auf dem Gebiete des englischen Rechtes wieder auftaucht); es ist daher kein Anlass, später auf ihn nochmals zurückzukommen, und es mag deshalb gleich hier bemerkt werden, dass er (und zwar nicht, wie Abegg S 98 meint, ohne Autorisation der Gesetzgebung, da wohl die CCC von ihm nicht spricht, aber die Reichsabschiede von 1512 u. 1548 und die Reichskammergerichtsordnung von 1555 Th. II Tit. X § 1, N. 1; der Reichsabschied Th. II S 142, Th. III S 94. 579, abgedruckt bei Kittler Nr 852. 854. 1215. 1216) sich in den gemeinen Strafprozess hinübergerettet und bis in unser Jahrhundert erhalten hat, zumal ihm die Aufhebung der Folter vorübergehend erhöhte Bedeutung verschaffte; siehe über denselben hauptsächlich Abeggs histor.-praktische Erörterungen Abh. I. Hildebrand, Die purgatio canonica et vulgaris. 1841. Heffter im NA XIV 39 ff. Carpzow qu. 116 Nr 58 ss. G. S. Ludovici, Diss. de usu juramenti purgatorii in criminalibus (praes. J. H. Böhmer). Halae 1723, übergegangen in Böhmers Jus eccl. prot. t. V l. V t. 1. 34 (s. Abegg das. S 127 Anm 164). Biener, Beiträge S 23. 24. Klenze, Lehrbuch S 80. 81. Gross S 69. 86. 87. 275. Belmonte, Der Reinigungseid in Hamburg, in StRZ 1866 S 303 ff. Löning, Der Reinigungseid. 1880.

[139] C. 26 C II qu. 5 . . . Quod si non fecerit, quinquennio a liminibus ecclesiae extraneus habeatur. — C. 7 X de purg. canon.: deficientem vero in purgatione omni officio et beneficio ecclesiastico privare procures. C. 8 X de cohabitatione clericorum et mulierum 3. 2: . . quam si praestare noluerint, vel defecerint in praestanda eos canonica debebis animadversione punire. Reichsabschied v. J. 1512 IV § 6: „Thäte aber der Beschuldigte solche Purgation nicht, so soll er dess, so er verdacht gewesen, schuldig gehalten, und gegen ihm, wie es nach Gestalt der Sachen sich in solchem gebühret, procedirt und gehalten werden". Das Verhältniss zwischen Reinigungseid und Folter im Sinne des gemeinen Rechtes lässt sich so bezeichnen: Beide sind Mittel, gegen eine bestimmte Person vorhandenen Verdacht aufzuklären, und zwar dadurch, dass der Beschuldigte in die Lage gebracht wird, eine Probe zu bestehen, der sich zu unterziehen, wie man meinte, nur der Unschuldige wagen werde (denn auch die Folter ward als eine Art Gottesurtheil angesehen — s. z. B. Malblank S 79), während der Schuldige sich gedrängt fühlen werde, ihr durch das Geständniss zu entgehen. Der Unterschied besteht darin,

trotz alles theoretischen Widerspruches gegen die Folter, diese in die Ketzerinquisition ein und ward hauptsächlich durch letztere im germanischen Norden eingebürgert, bis ihr die Lehre der italienischen Praktiker breite Bahn machte und die Herrschaft über den Strafprozess vom Ende des Mittelalters bis an die Schwelle unseres Jahrhunderts sicherte.

III. Ein Prozess, wie ihn die deutschen Rechte des Mittelalters[140] gestalten, ist ohne eine entschlossene Vertheidigung des Angeklagten gar nicht denkbar. Fühlte er sich schuldig und hatte er die Wahl, so war es für ihn sicherer, vom Gericht wegzubleiben und es auf die Acht ankommen zu lassen; hatte er sie nicht, so rieth schon das die Grundlage des ältesten Strafrechts bildende Compositionsverfahren, das seine Ausläufer weit hinaus auf Jahrhunderte erstreckt, zum Zugeständniss und zur Bitte um milde Behandlung[141]. Der eigentliche Prozess begann daher stets mit der der Anklage scharf entgegentretenden Ableugnung[142] oder mit einem Geständniss, an welches die Behauptung eines Entschuldigungsgrundes geknüpft war, welch letztere dann allein die Grundlage der weiteren Verhandlung bildete. Das Geständniss war also eine der Hauptformen der zur Ver-

---

dass die Folter der Ausdruck der an Gewissheit grenzenden Vermuthung der Schuld, der Reinigungseid jener der Vermuthung der Unschuld war, die nur noch der Bekräftigung und Erhärtung nach aussen hin bedurfte; die Probe der Folter ward auferlegt in der Erwartung, dass der Beschuldigte sie nicht bestehen werde; die des Reinigungseides in der Erwartung, dass er sie bestehen werde. Und doch sagt von letzterem Carpzow a. a. O.: Hoc juramentum in odium hominum maleficorum adinventum fuit, ne illi contra quos diffamationes quaedam, suspiciones et indicia ad condemnationem tamen non sufficientia militant, prorsus absolvantur. Die Abgrenzung von den Fällen der Folter sei Sache der Rechtsverständigen.

[140] Siegel S 136—143; Sachsse S 216 ff.; Zöpfl, Bamberger Stadtrecht S 141. 146. 147; Planck, GV II 2. 110; Kries S 140 ff.; Schauberg S 81 bis 84. 87. G. L. Maurer S 269. 270. 299.

[141] Zöpfl S 146; vgl. das. Anhang II A § 45: „Er heist mich reden und spricht er hab sich vergessen und sey unschuldiglich zu den Sachen kommen und bit gnade. Er woll gern puessen und pessern“ etc.

[142] Richtst. Landr. c. 8 (Unger S 17): So spricht er: er sey des unschuldig, des in H. zeihet und pietet eins urtheils: ob er ieht neher zu entgen sey . . . dan man in des uberwinden muge? Auch sonst kommen in den Quellen überall Wendungen vor, wie diese, oder (da diese Stelle nur bürgerliche Klagen betrifft) daselbst c. 31 (Unger S 53) die Formel der peinlichen Klage: . . . wil das Heintz bekennen, das mag er wohl than, wil er es aber leugen, so wil er ine des uberwinten. S. Kries S 141 Anm 160 mit zahlreichen Belegstellen: „Ueberall liegt diesen Worten der Sinn zu Grunde, dass ein abgelegtes Geständniss den Beweis ausschliesst“.

urtheilung in schwere Strafe führenden Strafprozesse und behauptet namentlich in der bekannten Formel der Vehmgerichte „der gichtige Mund“ neben habender Hand und blickendem Schein seinen Platz [143]. Letztere Formen schnitten umgekehrt das Leugnen überhaupt ab und sicherten dem Ankläger das Vorrecht der Beweisführung. Wo dies nicht der Fall war, lag es in der Macht des leugnenden Angeklagten, durch den eigenen Eid, verstärkt durch die erforderlichen Eidhelfer, sich von der Anklage zu befreien. Waren nun freilich, wie wir gesehen (oben § 1), letztere nicht etwa ohne weiteres stets zu haben, und nahm es gewiss auch der Angeklagte selbst, auch der arger Gewaltthat fähige, mit seinem eignen Eide nicht oft zu leicht, und lag somit in dem ganzen Verfahren ein Zwang zum Geständniss für den Schuldigen, so konnte doch bei der steigenden Verwilderung und Entfernung von der Einfalt primitiver Zustände und bei der zunehmenden Strenge des materiellen Strafrechts eine Strafrechtspflege, welche die Entscheidung der zweifelhaften Fälle in die Hand des Angeklagten

---

[143] Allerdings ist zwischen gerichtlichem und aussergerichtlichem Geständniss auch hier wohl zu unterscheiden, und die oben bezeichnete Wirkung hat wohl nur das erstere (vgl. Kries S 142—144 und insbesondere die daselbst angeführte Stelle aus dem Rechtsbuch Ruprechts von Freysingen II 6 über die Beschränkung der Wirksamkeit des Geständnisses von Mitbeschuldigten, so dass es die einen nicht befreit, wenn die anderen die That auf sich nehmen). Allein dass das aussergerichtliche Geständniss nicht sollte haben bewiesen werden können und dass es, bewiesen, ohne Einfluss blieb, scheint mir doch mindestens nicht ausgemacht. Wenn z. B. bei Zöpfl, Bamberger Stadtrecht Anhang II C § 26 die Formel vorkommt: „Herr Richter, ich hab gehört von zweyen geschworne Stadtschöpfen, das er bekannt hat das er den oder dort gemort habe“ — so ist damit nicht gesagt, dass die Schöffen nicht mittelbar die Ueberzeugung vom Geständniss erlangen konnten; selbst wenn man davon absieht und auf die Bestätigung der Schöffen über das selbstgehörte Gewicht legt, die auch bei dem Vehmgerichte entscheidend war (Wächter, Beiträge S 222. 223), so ist es damit noch immer vereinbar, wenn z. B. das Wiener Neustädter Stadtrecht c. 75 die Aussage der Gerichtsdiener darüber, aliquem coram se vel in captivitate esse fassum, als völlig unzulässig erklärt. — Auffallend ist es allerdings, dass auch wieder Fälle vorkommen, wo selbst das gerichtliche Geständniss noch der Bestärkung durch das sog. Uebersiebnen bedürftig erachtet wurde (Kries S 155, G. L. Maurer S 299 und Wächter S 267). Das reicht aber allerdings nicht aus, den allgemein gehaltenen Ausspruch zu rechtfertigen, den G. L. Maurer S 268 macht, wenn er sagt, auch beim Beweisverfahren hätten die Altgermanen gar manches befolgt, „was immer und ewig wahr bleiben und zu allen Zeiten nachzuahmen seyn wird. Sie sahen nämlich bei Verurtheilungen nie darauf, ob der Beschuldigte eingestand oder nicht, sondern einzig und allein auf die dem Gerichte vorgelegten Beweise, aus dem sehr einleuchtenden, in einem alten Rechtssprichwort ausgedrückten Grunde: »Wann man mit Leugnen könnte vom Galgen kommen, würde niemand gehangen«“.

und der ihm wohlwollenden legte, auch nicht den bescheidensten Anforderungen an die öffentliche Sicherheit genügen, und so lag es nahe, sich das Geständniss als Grundlage der Verurtheilung gewaltthätig zu verschaffen, wie man sich dies theilweise sogar bezüglich der Erfordernisse der handhaften That gestattet hat. Ohne Zweifel erwuchsen daher schon aus den geschilderten Zuständen heraus Missbräuche, die den Anfang einer allerdings mehr aussergerichtlichen Tortur enthielten, aber auch Anlass dazu gaben, dass dieselbe, als sie mit der Empfehlung der römisch-kanonischen Rechtsquellen und dem Geleitbrief der italienischen Praktiker sich darbot, nicht eben nachdrücklich zurückgewiesen wurde[144].

IV. Nach dem Untergange des alten Beweisrechtes blieb davon nichts übrig, als der entschiedene Widerspruch gegen das Richten auf Verdacht und Argwohn und solches Misstrauen gegen die Beurtheilung der Zeugenaussagen, dass auch an den Zeugenbeweis nur selten zu erfüllende Bedingungen gestellt wurden. So fand denn die Carolina[145] einen Stand der Dinge, bei welchem das Geständniss für die Mehrzahl der Fälle allein die Verurtheilung rechtfertigen konnte, und auf der anderen Seite das einzige Mittel bereits anerkannt, das dasselbe unter solchen Umständen regelmässig herbeiführen konnte. Es ging wie immer: Die Ueberschätzung des Geständnisses führte dazu,

---

[144] Ueber Spuren der Folter im altdeutschen Recht s. Siegel S 266. 267; Zöpfl a. a. O. S 141. 142; insbesondere aber die zahlreichen aus Verboten der Gesetze und Rechte abgeleiteten Zeugnisse bei Kries S 144 ff. Von besonderem Interesse zur Zeichnung des im Text erwähnten Ueberganges ist c. 717 des brünner Schöffenbuches, wo es u. a. heisst: „Et non sunt omnes homines tormentandi, sed solum qui accusati pro reis habentur suspecti et non est incipiendum a tormentis, ut malefici ad confitendum sic cogantur; immo primo aliis argumentis et subtilibus inquisitionibus de loco, tempore et aliis circumstantiis facti sunt ammonendi, si saltem sic veritas ab ipsis poterit extorqueri . . . . Sciendum etiam, quod tormentis non est semper, nec etiam unquam fides adhibenda; nam probatio tormentorum res est fragilis et periculosa, veritatem fallens. Multi enim patientia et duritia tormentorum ita tormenta contemnunt, ut exprimi ab eis veritas nullo modo possit. Alii vero tanta impatientia vincuntur, ut quovis facto mentiri magis, quam tormenta pati velint, et ita fit, ut etiam vario modo fateantur, ut non tantum se, sed etiam alios criminentur . . . Item si quis sponte de maleficio fateatur a se commisso, non semper ei fides adhibenda est. Nonnunquam enim aut metu aut alia de causa in se confitentur quidam . . . . Reus evidentioribus argumentis oppressus repeti in tormenta potest, maxime si in eis animus corpusque duraverint. In illa causa, in qua nullis argumentis urgetur, non sunt tormenta faciliter adhibenda, sed dicendum est accusatori, quod illud comprobet, quod intendit; non est credendum confessioni quam facit aliquis durantibus tormentis, nisi eis cessantibus in eadem confessione perseveret.

[145] Malblank S 77 ff. 160 ff. Henke, Geschichte II 42—46. 53. 54. 61—65.

dass zu seiner Erlangung Mittel angewendet wurden, die es völlig entwertheten. Und dieser Zusammenhang ward von dem Verfasser der Bambergensis und Carolina auch deutlich genug erkannt; die daraus hervorgegangenen Vorsichtsmaassregeln bilden den besten Theil des Werkes, wenn das Bemühen auch an der Unlösbarkeit der Aufgabe scheitern musste.

Das Gewicht, das dem Geständniss beigelegt ist, drückt sich vor allem darin aus, dass auch hier noch das Bekenntniss als gegenüber dem Beweis selbständige Grundlage des Urtheils bezeichnet wird: „Denn solt jemandt entlich zu peinlicher straff verurtheylt werden, das muss aus eygen bekennen oder beweisung ... beschehen“ (Art. 22; vgl. Art. 62: „Item, wo der beklagt nichts bekennen und der ankläger die geklagten misshandlung beweisen wolt“); ferner darin, dass der Beweis strafrechtlicher Exceptionen nur in dem Fall als möglich gedacht wird, dass die That eingestanden ist (Art. 151. 187). In noch höherem Maasse tritt aber hervor, wie das Geständniss nicht blos geschätzt, sondern überschätzt wurde, wenn man sich zwei Fälle vergegenwärtigt, in welchen auch sonst von der im Art. 22 verpönten Verurtheilung auf „Vermutung oder Anzeigung“ nicht die Rede sein könnte. Der eine dieser Fälle ist der des durch Zeugen geführten Beweises. Noch in der Bambergensis (Art. 80) fand sich der grelle Widerspruch, dass der Beklagte, der „nach genugsamer beweysung noch nit bekennen wölte“, obgleich ihm eröffnet wird, dass er der Missethat überwiesen sei, dennoch der Folter unterzogen werden soll, „ob man dadurch sein bekenntniss desto ee auch erlangen möcht“, die Erfolglosigkeit dieses Versuches aber der Verurtheilung „der beweysten missetat nach“ nicht entgegenstehen solle. Die Carolina (Art. 69) verbietet in diesem Fall die Anwendung der Folter, hält aber den Versuch aufrecht, das Geständniss des Angeklagten durch Hinweis auf den bereits hergestellten Beweis zu erlangen. In einem anderen Falle dagegen, wo das Geständniss als noch überflüssiger erscheinen müsste, wo die Schuld nicht blos durch Zeugen erwiesen, sondern „offenlich und unzweiffälich ist oder gemacht wurde“, in den Fällen also, wo jene summarischen Procedurformen der älteren Zeit eintraten, welche auf das Leugnen des Angeklagten keine Rücksicht nahmen, kann jetzt (Art. 16) eine Verurtheilung nicht mehr erfolgen; „so der thetter die offen unzweiuelichen ubelthat freuenlich widersprechen wolt, so soll jn der Richter mit peinlicher ernstlicher Frage zu Bekanntnuss der Warheyt halten, damit inn solchen öffentlichen unzweiffenlichen Missthaten, die endlich Urtheyl und Straff mit den wenigsten Kosten, als gesein kann, gefürdert und volntzogen werde“. Der allerdings sehr

wichtige Unterschied dieses Falles der Anwendung der Folter von anderen liegt also darin, dass es hier der Einholung eines Urtheils Rechtsverständiger nicht bedarf, welche sonst Vorbedingung der Tortur ist.

So gross der Werth ist, der dem gerichtlichen Geständniss beigelegt ist, so gering ist der des aussergerichtlichen, welchem nur mit wichtigen Vorbehalten („und es wäre eine solche Person, dass man sich derselben That zu ihr versehen mag") und nur im gleichen Maasse wie einer der That vorausgegangenen Drohung die Kraft einer Anzeigung beigelegt wird. (Auch Carpzow behandelt es nur als indicium ad torturam, quaest. 121 Nr·41 ss.) — Und doch traf solche aussergerichtliche Geständnisse nicht der das gerichtliche Geständniss nahezu ganz entwerthende Einfluss der Folter. Denn selbst die humanen Vorsichtsmaassregeln, welche das Misstrauen des Gesetzgebers gegen dieses medium eruendae veritatis verrathen, trugen schliesslich nur dazu bei, den Einfluss der Tortur über alle Theile des Verfahrens zu verbreiten. Vergebens versucht man es, zwischen dem unter dem unmittelbaren Druck der Tortur erfolgten und dem gütlichen oder doch diesem Druck entrückten Geständniss zu unterscheiden. Allerdings soll die Tortur nur zugelassen werden auf Grund eines erheblichen Verdachtes, und mit Recht wird es als ein Hauptverdienst Schwarzenbergs bezeichnet, dass er zu diesem Zweck die Grundlagen einer Theorie des Anzeigenbeweises gelegt habe, welche nicht blos das frühere tumultuarische Greifen nach der Folter zurückdrängte, sondern theilweise natürlicher und zweckmässiger ist, als dasjenige, was die späteren Juristen aus ihr gemacht haben. Aber gewiss hätte Schwarzenberg mehr Vorsicht noch beobachtet[146] und besseren Gehorsam gefunden, wenn es sich darum gehandelt hätte, den Indicienbeweis als unmittelbare Grundlage der Verurtheilung zu regeln. So aber beruhigte man sich bei der Zulassung der Folter damit, dass sie von dem Vorhandensein des Indicienbeweises abhänge, und bei der Beurtheilung des letzteren wieder damit, dass es sich ja nicht um die Verurtheilung, sondern erst um die Ergründung der Wahrheit durch Anwendung eines darauf abzielenden Mittels, wodurch ja auch der Verdacht noch beseitigt werden könne, handle.

---

[146] Vergebens bemüht sich Malblank S 164 ff. zu beweisen, „dass dieser kluge Mann die Tortur nicht anderst zulassen wollen, als wenn ein vollkommener Beweis durch Anzeigen vorhanden, d. i. mehrere, entweder indicia proxima oder indicia proxima et remota zugleich zusammenkommen, die im Zusammenhang einen so hohen Grad von Wahrscheinlichkeit ausmachen, als aus der Deposition zweyer oder dreyer Zeugen entsteht". Fast zustimmend erwähnt dieser Ansicht Malblanks Jarcke im NA VIII 123 Anm 11.

Damit war eben der falsche Zirkel hergestellt, der dem Strafprozess von drei Jahrhunderten seinen furchtbaren Charakter gab.

Ferner sollte nicht sofort mit der Folter begonnen werden; es soll vorerst ein gerichtliches Verhör stattfinden, von dem es im Art. 46 heisst: es solle erfolgen „mit Worten, die nach Gelegenheit der Person und Sachen zu weitherer Erfarung der Uebelthat oder Argkwönigkeit allerbest dienen mögen, auch mit Bedrohung der Marter bespracht werden, ob er der Beschuldigten Missethat bekentlich sei oder nit, und was jm solcher Missthat halber bewüsst sei, und was er alssdann bekent oder verneint, soll auffgeschrieben werden".

Und allerdings ist es von grossem Werth, wenn dieser Bestimmung, der Cardinalvorschrift über das Verhör des Beschuldigten, im nächsten Artikel die Anleitung zur Erhebung der etwaigen Gegenbeweise des Angeschuldigten hinzugefügt und somit der Grund dazu gelegt wird, dass das Verhör nicht einseitig die Erlangung eines Geständnisses bezwecke, sondern gleichzeitig die Auffindung und Erprobung des Entlastungsmaterials zur Aufgabe sich stellen soll. Allein so lange die Folter bestand, konnten diese Anordnungen ihre segensreiche Frucht nicht tragen[147]. Denn „die Bedrohung der Marter" wandelte das gütliche Verhör unmerklich in das erste Stadium der Tortur, die sog. Territion um[148]. — Wer konnte unter solchen

---

[147] Als dann die Folter schwand, wirkte die Ueberschätzung des Geständnisses, das allerdings unentbehrlich war, wo nicht auf Indicien verurtheilt werden konnte, nach, und dazu kam die verfehlte Organisation des Verfahrens, welches den Richter zum Träger der gegen den Inquisiten erhobenen Anschuldigung, das Geständniss zur Erprobung der Richtigkeit seiner Vermuthungen machte. Alles dies bewirkte, dass während der ganzen Zeit des gemeinen Prozesses das Verhör nur selten dem Sinne der Art. 46 u. 47 der CCC wahrhaft entsprach, sondern erst die Einleitung zur physischen, später die Einkleidung der psychischen Tortur war.

[148] Malblank nimmt S 168 allerdings mit Recht Schwarzenberg gegen die Beschuldigung in Schutz, als habe er den Missbrauch der Territion zugelassen und sich selbst von Hippolytus de Marsiliis beschämen lassen, der sagt: Judex a metu torturae incipere nequit, quia metus torquendi torturae aequiparatur. Der Missbrauch bestand nämlich darin, dass die Territion statt der Tortur angewendet wurde, wo diese nicht zulässig war, so dass man also das Geständniss durch eine Vorspiegelung zu erschleichen suchte. Gegen diesen Vorwurf schützen Schwarzenberg die Worte des Art. 46: „so man den gefangen peinlich fragen will". Allein, wenn dieser Wille bestand (und ein unumstösslicher konnte und durfte er um so weniger sein, weil offenbar ein Verhör des im Art. 47 bezeichneten Inhaltes der Einholung des Spruches vorangehen musste), so konnte im Verhör mit der Marter gedroht werden. Und wäre dies auch nicht der Fall gewesen, welcher Beschuldigte wusste nicht, was ihm drohte? Vgl. Henke, Geschichte II 63. — Uebrigens ist dabei ohnehin noch zwischen der Verbal- und der Realterrition zu unterscheiden, welche letztere in dem Eindruck der Anstalten zur wirklichen Vornahme der Tortur

Umständen das Geständniss als ein freies ansehen, auch wenn es nicht auf der Folter abgelegt war?

Ebenso verhielt es sich aber mit der weiteren Vorsichtsmaassregel, die darin gefunden wurde, dass das auf der Folter abgelegte Geständniss an sich nicht als giltig angesehen wurde, sondern der Wiederholung bedurfte (Urgicht); dem Eindruck der Folter sollte dabei die Aussage durch den Zwischenraum eines oder mehrerer Tage und durch die Vornahme des Verhöres ausserhalb der Marterräume entzogen, andrerseits die auf der Folter abgelegte Urgicht nur zur Bestätigung vorgelesen werden (Art. 56). Allein ward bei dieser Gelegenheit das Geständniss widerrufen, so musste man „weiter mit peinlicher Frag gegen ihn (den Gefangenen) handeln", wenn er nicht nachzuweisen vermochte, dass er „solch Bekanntniss auss Irrsal gethan"[149]; und dass dies allenfalls ein drittesmal geschehen könne, ward ziemlich allgemein, wenngleich mit einigen Vorbehalten zugegeben[150]. Dafür ward nun freilich dem ganzen Geständniss so wenig Haltbarkeit beigemessen, dass das Gesetz gewissermaassen von der fortwährenden Erwartung seines Widerrufes erfüllt ist, eine besondere Warnung an die Beichtväter nöthig hält, sie möchten die Gefangenen nicht zum Widerruf ihrer „mit der Wahrheit auf sich selbst oder andere Personen" abgelegten Aussagen bereden, und dass es für den Fall des Widerrufes beim endlichen Rechtstag, d. h. unmittelbar vor dem Vollzug des Todesurtheils, Bestimmungen traf, welche nicht blos für die Praxis Quellen der sonderbarsten Verwickelungen wurden, sondern theoretisch und praktisch als der beschämende Ausdruck des Misstrauens gegen das Ergebniss der eignen Wirksamkeit sich darstellten[151].

---

bestand; sie ward daher auch als ein Bestandtheil der letzteren angesehen, das unter ihrem Eindruck abgelegte Geständniss bedurfte späterer Bestätigung, was bezüglich der Verbalterrition controvers war, aber auch bezüglich ihrer z. B. von Ludovici (n. ad art. 56 CCC) bejaht wird, quia et haec confessio ex instanti metu cruciatus processit et sic probationem luce meridiana clariorem non constituit.

[149] Da das unmittelbare Motiv des widerrufenen Geständnisses nur zu klar vorlag und nur zu sehr geeignet war, es zu erklären, kann unter dem Nachweis des Irrthums wohl nur der Nachweis der Unwahrheit des eingestandenen gemeint sein. S. z. B. Kress ad art. 57 § 4, der für entscheidend erklärt, dass dem Inquisiten gestattet sein müsse, suae confessionis falsitatem docere, allerdings aber als triftigen Grund derselben auch atrocitatem cruciatus gelten lässt. Ludovici führt als Beispiel des Beweises des Irrthums das Alibi an.

[150] Kress l. c. § 3 mit dem Zusatz: In eo conveniunt jurisconsulti, quod ad quartam torturam deveniendum non sit, sed inquisitus extra ordinem coërceatur.

[151] S. Biener, Beiträge S 127 und namentlich Tittmann, Geständniss S 110 ff., welcher wieder hauptsächlich auf Walch, De revocatione confessionis

So zeigt sich denn, dass das Geständniss an und für sich eigentlich in seiner vollen Werthlosigkeit erkannt ist, und in der That wird die Carolina nicht müde, einerseits auf jene Nachforschungen immer wieder zu verweisen, welche der Verhängung der Folter vorangehen sollen (s. z. B. Art. 57: „mit Erfahrung der Umbstende, als verstehet, in allweg fleissig seyn, nachdem der Grund peinlicher Frage darauf stehet“, s. auch Art. 43 u. 47), andererseits aber auf die Bewährung des Bekenntnisses selbst durch genaues Fragen nach allen Einzelheiten, insbesondere nach solchen, „die kein Unschuldiger wissen oder sagen kann“ (Art. 53, fast wörtlich ebenso Art. 54 u. 60), zu drängen. Demgemäss wird einerseits das Stellen von Suggestivfragen vor und bei der Vornahme der Tortur untersagt (Art. 56), die genaue Erprobung aller angegebenen Umstände und das Bemühen, eine objective Bestätigung derselben zu erlangen, zur Pflicht gemacht (Art. 54); und damit wäre der Grund für eine rationelle Behandlung des Geständnisses gelegt gewesen, hätte nicht auch hier wieder

capite damnati in die ejus supplicii destinato (Jen. 1783) sich beruft. Die Hauptschwierigkeit lag darin, dass diejenigen, die bei diesem endlichen Rechtstag die Rolle des Gerichts zu spielen hatten, nicht die Urheber des zu vollstreckenden Urtheils waren und dass man ihnen nicht einmal die Befugniss lassen wollte, zwischen wirklich beachtenswerthem, neuem Vorbringen und dem Fall, „dass solch Leugnen von dem Beklagten allein zu Verhinderung des Rechten würd fürgenommen“ (A. 91), zu unterscheiden. Im ersteren Falle muss neue Untersuchung und ein neues Urtheil eintreten; im letzteren sollte man sich wohl darauf beschränken, das Vorhandensein des Geständnisses durch die Schöffen bestätigen zu lassen, die dessen Ablegung gehört hatten, worauf das anwesende Gericht über den Widerruf hinausgehen konnte. Es ist kaum möglich, den Art. 107 der Bambergensis anders zu verstehen; denn diese verfügt, dass „dieselben zween Schöffen, so also gezeugknuss geben, umb die urteil nit gefragt werden“, während sie andererseits ausspricht, das Verneinen habe nicht statt. Die Projecte zur CCC hielten an letzterem fest, erklärten aber, es sei kein Grund, die Schöffen vom Urtheil auszuschliessen. Art. 91 der CCC hielt letzteres aufrecht, setzte aber an die Stelle der einfachen Beseitigung des Widerrufes die Weisung an den Richter, das Urtheil Rechtsverständiger einzuholen, worauf nun die ganze vorausgehende Unterscheidung hinfällig wurde. Es ist daher kein Wunder, dass die Bestimmung die Quelle von Controversen wurde; es blieb aber hier Carpzow seinem Opponenten Oldecop gegenüber fast allein, wenn er versuchte, die sofortige Vollstreckung des früheren Urtheils zu verfechten, wie denn auch trotz der inneren Unhaltbarkeit der Fassung des Art. 91 gegen die klar hervortretende Absicht der im letzten Moment beschlossenen Aenderung nicht aufzukommen war; s. z. B. Kress zu Art. 91 § 2 n. 2, Ludovici ibidem. Die Folge davon war, dass man ein neues Urtheil für nöthig hielt, das die Hinrichtung verfügte und vorsichtig bestimmte, dass hieran auch ein neuer Widerruf nichts ändern sollte, und dass endlich — nachdem der ganze Prozess auf Erlangung eines Geständnisses gerichtet war — sich herausstellte, ein gar nicht auf Geständniss basirtes Urtheil sei willkürlicher Vereitelung weniger ausgesetzt.

die Folter — alles verdorben. Denn wenn jene Nachforschungen ergaben, dass sich die im Geständniss enthaltenen näheren Angaben nicht bewährten, wenn ihre Unwahrheit dargethan war, so musste dies dem Gefangenen nicht blos ernstlich vorgehalten werden („mit ernstlichen Worten darum straffen“), sondern er wurde mit der Folter angehalten, die „Umstände recht und mit der Wahrheit anzuzeigen“ (Art. 55), was er diesmal um so weniger unterlassen haben wird, weil er jetzt wusste, welche Angaben von ihm erwartet wurden.

Könnte man absehen von der Folter, so fände man somit in der Carolina eine Anleitung zur Vernehmung des Beschuldigten, die auf richtiger Würdigung der wahren Gründe der Beweiskraft des Geständnisses beruht. Den übrigen Theilen der Aussage des Beschuldigten wird allerdings mit grosser Schroffheit jede unmittelbare Beweisqualität abgesprochen, auch nicht blos die materielle Beweislast des Angeklagten sowohl für den Beweis der Entschuldigungen (s. z. B. Art. 151. 187), als auch beim Gegenbeweis (Art. 57) statuirt, sondern selbst die formelle nur soweit erleichtert, als dies billige Berücksichtigung der Armuth des Beschuldigten und ähnlicher Verhältnisse nöthig macht (Art. 154).

V. Darüber ging dann die Praxis des von der Tortur befreiten Inquisitionsprozesses in folgerichtiger Durchführung seines Princips allerdings entschlossen hinaus, und auch bezüglich der Aufgabe des Verhörs machten sich in der Theorie die an sich richtigen Grundsätze dann geltend.

Allein wenn man bedenkt, wie sehr die Tortur die ganze Materie beherrscht und jeden Theil des Prozesses verfälscht hatte, und wie ängstlich Gesetzgebung und Praxis trotzdem deren Abschaffung vor sich gehen sahen und insofern auch sehen mussten, als die Nachwirkung des Art. 22 der CCC in der sich selbst überlassenen Praxis sowohl als in den modernen Codificationen das Geständniss fast zur unerlässlichen Vorbedingung der Bestrafung in zahlreichen Fällen, wo an der Schuld doch nicht zu zweifeln war, machte: so wird man es erklärlich finden, dass die ganze folgende Epoche erfüllt ist von dem gewaltthätigen und listigen Hinarbeiten des Inquirenten auf das Geständniss. An die Stelle der ausgesprochenen, aber auch nur auf Grund eines Richterspruches zu verhängenden Tortur traten Bemühungen, den Inquisiten in Widersprüche zu verwickeln, das Recht zu Ungehorsamsstrafen zu erlangen, unbegrenzte Verlängerung der Haft, Uebermüdung durch Verhöre, Brechen des Widerstandes durch langes Aussetzen derselben, die mannichfaltigsten Versuche der Einwirkung auf das erschütterte Gemüth, Kunstgriffe und Veranstaltungen,

bei welchen es nicht leicht war, festzustellen, wie weit sie durch eine idealistische, Aufgabe und Macht des Inquirenten hinaufschraubende Theorie und durch die Gesetze noch gerechtfertigt waren oder die Grenze des erlaubten und gebilligten überschritten. Als die Grundzüge dessen, was die Codificationen am Beginn des laufenden Jahrhunderts bezüglich der Aussage und Vernehmung des Beschuldigten anordneten, kann man — und es wird der Kürze halber gut sein, sich dabei an das bayerische Strafgesetz von 1813 als treffendsten Ausdruck der Tendenzen der Zeit zu halten — folgendes angeben: Die Aussage des Beschuldigten fällt nur unter den alternativen Standpunkt des Bekenntnisses und des Leugnens. Nur bei der Darstellung des summarischen Verhörs, in welchem dem zu vernehmenden überhaupt keine Anschuldigung vorgehalten werden soll und das überhaupt nur fortgesetzt werden darf, wenn jener auf den Gegenstand der Vernehmung freiwillig eingeht (Art. 160), wird neben dem Bekenntniss der Fall berücksichtigt, dass er „seine Unschuld oder dass ihm von dem Vorfalle selbst nichts bekannt sei", „behauptet", worauf er „zu befragen ist, welche Thatsachen und Beweise er anzugeben habe, um von jener Behauptung seinen Richter zu überzeugen" (Art. 159). „Lässt er sich in eine, wenngleich unwahrscheinliche Erzählung des Vorfalles ein, so soll er von dem Untersuchungsrichter nicht unterbrochen, vielmehr den ganzen Vorfall aus sich selbst umständlich und zusammenhängend zu erzählen aufgefordert und dabei zur Herstellung der Vollständigkeit und des inneren Zusammenhanges angeleitet werden" (Art. 161 Abs. 1). Das ordentliche Verhör beginnt mit der Erinnerung (Art. 165): „dass Inquisit wegen vorhandener Anschuldigung eines Verbrechens vor Gericht gestellt sey, dass er auf alle ihm vorzulegenden Fragen bestimmt und deutlich zu antworten und alles dasjenige, dessen er sich bewusst, offen und wahr zu bekennen habe; endlich dass er durch verstocktes Leugnen seiner Schuld derjenigen rechtlichen Vortheile verlustig werde, welche die Gesetze mit einem aufrichtigen Bekenntnisse verbinden".

Alle folgenden Bestimmungen sind nur darauf berechnet, den Untersuchungsrichter dazu anzuleiten, wie er das etwa abgelegte Geständniss formgerecht machen, sich vom Vorhandensein aller gesetzlichen Bedingungen seiner Beweiskraft überzeugen, alle Mängel beheben solle, und wie er den leugnenden Inquisiten namentlich dann, wenn „über die abgeleugneten Punkte kein unmittelbarer, vollständiger Beweis durch Zeugen herzustellen oder dieser zur Zeit noch zweifelhaft" ist, „durch zweckmässige Fragen zum Geständnisse der Wahrheit zu führen, ihn durch dessen eigene Aussagen der Unwahrheit zu

überführen und von der Zwecklosigkeit seines Leugnens lebhaft zu überzeugen habe" (Art. 171. 172). Unbeschadet des Appells an die Klugheit des Inquirenten und die Beurtheilung der Individualität des Inquisiten werden einige Regeln ertheilt, die den doppelten Zweck verfolgen, einerseits ein Geständniss zu erlangen, welches nicht als ein eingegebenes erscheine, vielmehr in seiner Uebereinstimmung mit den dem Richter bekannten, dem Inquisiten aber vorenthaltenen Thatsachen eine Bestärkung findet, andrerseits durch geschickte Vorführung der erhobenen und selbst der „wenigstens bis zu hoher Wahrscheinlichkeit aktenmässig dargethanen" Thatsachen, durch Widerlegung der abweichenden Angaben des Beschuldigten, durch Ausnutzung des Rechtes, auf sofortige bestimmte Antwort zu dringen, oder umgekehrt der wiederholten Vernehmung über dieselben Thatsachen, durch jedes Mittel, das geistige Ueberlegenheit und die gedrückte, gefährdete Lage des Inquisiten an die Hand geben, auf Erlangung des Geständnisses hinzuarbeiten (Art. 173—180). Bezeichnend ist Art. 186, welcher Zwang zum Geständniss durch körperliche Schmerzen oder durch Bedrohung mit denselben verbietet, das Geständniss, das so erpresst wird, für ungiltig, den Richter, der es erpresste, für strafbar erklärt, dessen zweiter Absatz aber mit einem „doch" die Lehre von den „wegen sträflichen Ungehorsams gegen das Gericht" zu verhängenden Strafen einleitet. Verboten sind ferner „betrügliche Versprechungen" (Art. 181), verfängliche Fragen (Art. 182) und „unerlaubte", d. i. durch die besonderen Umstände nicht gerechtfertigte Suggestivfragen (Art. 183). Ergänzt werden diese Bestimmungen dann durch die positive Darstellung der Bedingungen der vollen Beweiskraft des gerichtlichen Geständnisses[152], durch die Erörterungen über die Frage des Beweises des Thatbestandes durch Geständniss (Art. 269—271), über das „eingeschränkte" Geständniss (Art. 272) und über den Widerruf (Art. 273. 274), endlich durch die

[152] Art. 267: „Zur vollen, unmittelbaren Beweiskraft eines Geständnisses wird erfordert, dass dasselbe abgelegt worden: 1. vor einem gehörig besetzten Untersuchungsgerichte; 2. bestimmt und deutlich mit Worten, nicht durch blosse Zeichen; 3. nicht blos allgemein, sondern mit Angabe der einzelnen auf seinen Gegenstand Bezug habenden Umstände; 4. nicht aus Irrthum oder durch Zwang oder Betrug, oder auf verfängliche Fragen oder im Zustande einer Gemüthsverwirrung; 5. nicht auf blosse Bejahung aller durch die Fragstücke selbst vorgesagten einzelnen Umstände. Ueberdies muss die Erzählung des Inquisiten 6. in sich selbst zusammenhängen und in wesentlichen Dingen keine Widersprüche enthalten; desgleichen 7. mit den über die Umstände des Verbrechens eingeholten Erfahrungen im wesentlichen übereinstimmen".

Behandlung des aussergerichtlichen Geständnisses als unvollständiger Beweisart (Art. 275. 332. 333).

Während die Vergleichung mit den entsprechenden Bestimmungen der württembergischen StPO von 1845 (Art. 118 ff.) zeigt, wie diese sich zumeist noch wörtlich an das bayerische Strafgesetz[153] hielten, und zwar mit Einschluss einer Strafbestimmung gegen die Verweigerung der Antwort (Art. 143), ist es ebenso interessant zu sehen, welche Umgestaltung in Bayern selbst bei Einführung des mündlichen Verfahrens stattfand.

Was Art. 36—45 des bayerischen Gesetzes vom 4. Juni 1848 über das „Verhör des Verdächtigen" bestimmen, ist so ziemlich und zumeist wörtlich die Grundlage der späteren deutschen Strafprozessordnungen geworden[154]. Hienach ist natürlich von einem summarischen und ordentlichen Verhör nicht mehr die Rede, ebenso wenig von einem Zwang zur Ertheilung von Antworten überhaupt; die Mahnung zur wahrheitsgemässen Beantwortung der ihm vorgelegten

---

[153] Abschwächende Wendungen sind allerdings vorhanden, von sachlicher Bedeutung ist aber nur der Wegfall des Unterschiedes zwischen dem summarischen und dem ordentlichen Verhör, und insbesondere Art. 131, welcher den Fall berücksichtigt, wo „mit dem Bekenntnisse Einreden verbunden" werden, „durch welche ... der Grund zur Untersuchung aufgehoben würde"; hier soll „letztere zunächst auf jenes Vorbringen gerichtet" werden.

[154] Es lassen sich da zwei Wege deutlich verfolgen. Etwas ausführlichere Bestimmungen enthält die thüringische Strafprozessordnung v. 1850 A. 121—130, deren Entwurf der österr. Strafprozessordnung v. 1850 zu Grunde gelegt wurde (Würth S 307 ff.) und aus dieser in die österr. Strafprozessordnung v. 1873 §§ 198 bis 206 überging. In Preussen hatte die Verordnung v. 3. Januar 1849 sich darauf beschränkt, im § 18 die Unzulässigkeit von Zwangsmitteln, durch welche der Beklagte zu irgend einer Erklärung genöthigt werden sollte, auszusprechen, im § 44 den Zweck der Voruntersuchung zu präcisiren (wobei übrigens von der Erhebung der Vertheidigungsbeweise gar nicht die Rede ist), in § 46 die Vernehmung des Beschuldigten in der Voruntersuchung zu gestatten und sie für den Fall, dass er verhaftet ist, zur Pflicht zu machen. Im übrigen verweisen §§ 22 und 43 auf die Bestimmungen der CrGO, und demgemäss entschied noch im J. 1860 das Obertribunal (Erk. vom 11. Januar, angeführt bei Liman-Schwarck S 100), es unterliege jetzt lediglich dem richterlichen Ermessen, ein articulirtes Verhör vorzunehmen. Dagegen enthält schon der Entwurf v. 1851 in den §§ 190—197 an das bayerische Gesetz sich anlehnende, knapper als die Bestimmungen der thüringischen StPO gehaltene Vorschriften über die Vernehmung des Beschuldigten, welche von da aus in die ganze Gruppe der auf diesem Entwurf und auf der auf ihn noch zurückzuführenden preussischen StPO v. 1867 beruhenden Strafprozessordnungen und zuletzt noch in die bremische v. 1870 und die württembergische v. 1868 übergingen. Die überhaupt selbständigeren StPO von Hannover, Sachsen, Hamburg gingen, soweit es sich um die Fassung handelt, ihren eigenen Weg.

Fragen (Art. 36)[155] und die Hervorhebung der Nachtheile, welche für den Vernommenen aus der Verweigerung von Antworten hervorgehen können und welche darin bestehen, dass dadurch „mancher Vertheidigungsgrund unerforscht bleiben und der gegen ihn vorliegende Verdacht verstärkt werden könnte", sind die einzigen Mittel, deren sich der Richter bedienen darf (Art. 43), dem vermeidliche Suggestivfragen, dunkle und captiöse Fragen (Art. 39. 40) ausdrücklich verboten sind. Von einem Hindrängen auf ein Geständniss weiss das Gesetz nichts; es bezeichnet als Aufgabe des Verhörs einerseits die Erlangung einer umständlichen, zusammenhängenden Erzählung des Beschuldigten über die den Gegenstand der Beschuldigung bildende Thatsache, die Entfernung aller Dunkelheiten und Widersprüche aus derselben, ferner dass der Beschuldigte alle gegen ihn erhobenen Verdachtsgründe erfahre und volle Gelegenheit finde zu deren Beseitigung und zu seiner Rechtfertigung (Art. 37 u. 38). Das Verhältniss der so geregelten Vernehmung zu den älteren Bestimmungen charakterisirt Würth[156] durch den Hinweis auf die Gelegenheit zur Rechtfertigung, auf den Wegfall aller Bestimmungen über Ungehorsamsstrafen und über die Abringung eines Geständnisses, endlich durch die von der neueren Gliederung des Verfahrens abhängige Beschränkung der Aufgabe des Untersuchungsrichters.

Und in der That ist es viel mehr diese letztere, als die angeführten Regeln, was die Haltung der Gerichte angesichts der Frage der Erlangung und Verwerthung des Geständnisses (Regeln über dessen Prüfung und Bewährung fielen natürlich fort) bestimmte. Dafür aber war einerseits die gemeinrechtliche Tradition und andererseits und in höherem Grade noch das Vorbild der französischen Praxis maassgebend, ein Vorbild, welches leider hauptsächlich die Haltung des Vorsitzenden in der Hauptverhandlung in bedenklicher Weise beherrschte.

VI. Im französischen Recht[157] nahmen Verhör und Geständ-

---

[155] Diese Mahnung ist in viele der deutschen Strafprozessordnungen übergegangen; sie findet sich noch in der sächs. revidirten StPO von 1868 A. 165 und in der hamburger StPO v. 1869 § 72; doch kommt sie in der Mehrzahl der späteren Strafprozessordnungen nicht mehr vor. Vgl. übrigens über den Charakter der Vernehmung des Beschuldigten in den Strafprozessordnungen nach 1848 Planck S 246 ff.

[156] S 308.

[157] Hélie, Instr. §§ 373—377, vol. V p 694 ss., § 643, vol. VIII p 769 s.; 2. éd. Nr 1917—1940. 3543—3545; éd. Brux. Nr 5019. 5020. Hélie, Pratique Nr 187—193. 468—470. 724—726. Dalloz, Répertoire vo. „Instr. criminelle" Nr 952. 2239 ss. Duverger Nr 317—362, vol. II p 412 ss. Mangin Nr 127 bis 132, vol. I p 213 ss. Cubain §§ 429 ss. p 259 ss. Perrève zu A. 310 p 201.

niss die Entwickelung, welche die italienischen Praktiker ihnen vorgezeichnet hatten; und auch in Frankreich zeigt sich hier die gleiche fortschreitende Steigerung der Strenge, wie sie etwa ein Vergleich der Carolina mit Carpzow erkennen lässt; so finden wir in der Criminalordnung von 1670 die noch der Ordonnanz von 1539 unbekannte Bestimmung, dass der Angeklagte vor seinem Verhör (welches auch nach dieser Ordonnanz ein mündliches war, sans le ministère de conseil) bei Nichtigkeit beeidet werden musste, eine Bestimmung, die sich bis zum Jahr 1789 erhielt. So finden wir eine dem endlichen Rechtstag der Carolina ähnliche, einen Bestandtheil der Verkündung des Endurtheils bildende Wiederholung des Geständnisses sur la sellette[158], und natürlich alle Spalten und Ritze der Procedur ausgefüllt mit der Folter in ihrer doppelten Gestalt: der question préparatoire und der question préalable, welch letztere der Hinrichtung vorausging und nur die Erforschung von Mitschuldigen zum Zwecke hatte. Ganz so wie auf dem Boden der gemeinrechtlichen Praxis begegnet uns die Ueberschätzung des Geständnisses, die selbst ein Geständniss der Schwäche der Strafjustiz war. „Die Schwäche dieser Procedur bestand darin“, sagt Hélie[159], „dass sie unfähig war, eine wirkliche Ueberzeugung in der Seele des Richters zu erwecken; darum dieses unablässige Hinarbeiten der mit Verhör und Folter bewaffneten Untersuchung auf das Geständniss des Angeklagten. Mitten unter seinen rechtlichen Beweisen empfand der Richter das Bedürfniss danach, dass das Urtheil, das er zu fällen im Begriffe stand, gewissermaassen ratificirt werde durch eine Erklärung, die seine letzten Zweifel zerstreue. Daher die aus dieser Procedur hervorgewachsene vollständige Theorie des Geständnisses“. Diese Theorie aber ist die gleiche, wie die des gemeinen deutschen Rechtes, insbesondere bei den Fragen bezüglich des Beweises des corpus delicti, beziehungsweise der Nothwendigkeit der Ergänzung des Geständnisses darüber durch objectiv erhobene

---

[158] Daran erinnert Hélie, Instr. § 643 I, vol. VIII p 770; 2. éd. Nr 3543; éd. Brux. Nr 5019 zur Erklärung der von der französischen Praxis praeter legem geschaffenen Art des Verhörs der Angeklagten in der Hauptverhandlung: „Cette pratique est un dernier vestige de la procédure inquisitoriale, qui considérait l'interrogatoire définitif comme un élément nécessaire de la sentence et qui faisait placer l'accusé sur la sellette pour le subir. Les présidents qui suivent ce mode de procéder dans toutes les affaires ne se sont pas rendu compte de la théorie de notre Code qui, s'il a maintenu le système de la procédure inquisitoriale dans l'instruction écrite, a appliqué au contraire à l'instruction orale de l'audience les règles de la procédure accusatoire“.

[159] Instr. § 377 III, vol. V p 724; 2. éd. Nr 1935.

Umstände, wozu dann noch speciell dem französischen Recht entstammende Schwierigkeiten bezüglich der Theilbarkeit des Geständnisses kamen [160]. Natürlich wird jetzt aller Nachdruck auf den Einfluss der freien Beweiswürdigung gelegt: das Geständniss macht nicht rechtlichen Beweis, es kann nicht mehr und nicht weniger als jedes andere Beweismittel zur Grundlage der richterlichen Ueberzeugung dienen [161].

Allein ein tiefer Gegensatz klafft in Frankreich zwischen dem Geist des Gesetzes und seiner Anwendung, zwischen Theorie und Praxis. Die Folter erhielt sich dort fast bis zur Einführung des mündlichen Strafverfahrens; die dadurch gebotene Sonderung des Vor- und Hauptverfahrens musste sodann von Richtern gehandhabt werden, welche in der Praxis der schärfsten Inquisitorialmethode aufgewachsen

---

[160] Hélie, Instr. § 377, vol. V p 731; 2. éd. Nr 1938. 1940.

[161] Hélie § 377, vol. V p 726. 727; 2. éd. Nr 1936: „C'est un moyen de conviction. S'il l'opère, il a toute la valeur d'une preuve, mais aucun effet n'y est nécessairement attaché; comme tous les moyens de preuve, il est livré à l'examen judiciaire qui l'étudie, en recherche les vices, en pèse les termes et lui accorde ou lui refuse sa conviction". Und an einer anderen Stelle wird einerseits darauf hingewiesen, dass die von der Theorie (das Gesetz spricht überhaupt vom Geständniss gar nicht) aufgestellten Bedingungen der Beweiskraft des Geständnisses alle Beachtung verdienen, entscheidend aber bleibe das Recht des Richters, demselben Glauben zu schenken oder zu versagen. „L'aveu ne constitue plus une preuve légale, il ne constitue qu'un moyen de preuve". Und noch etwas weiter gehend, bei Beleuchtung der Frage der Theilbarkeit des Geständnisses, bringt er diese unter den Gesichtspunkt des ganzen Beweissystems mit folgenden schönen Worten, die wohl auch für die Berücksichtigung der ein Geständniss nicht bildenden Theile der Aussage des Angeklagten ihre Bedeutung haben: „Aucune règle ne peut enchaîner la preuve morale; elle se puise dans tous les éléments du procès, dans toutes les déclarations du débat, dans les dénégations comme dans les aveux du prévenu; elle fait dans chaque preuve, dans chaque indice, la part de ce qui lui paraît vrai, de ce qui lui paraît invraisemblable; elle divise, elle admet, elle rejette, et c'est de ce travail intérieur de l'intelligence que se forme l'intime conviction, seule base de tous les jugements criminels". Schwer verständlich ist es, wie bei dieser Gleichstellung des Geständnisses mit allen anderen Beweismitteln Prins u. Pergameni sagen können, Réforme de l'instruction préparatoire p 101: Aujourd'hui l'aveu n'est plus une preuve légale, quelle peut donc être l'utilité et le but de l'interrogatoire? Da müsste ja dasselbe vom Zeugenverhör gelten, da ja auch der Zeugenbeweis nicht mehr une preuve légale im Sinne der alten Beweistheorie ist. (Ebenso ungerecht ist meines Erachtens der auf derselben Seite Hélie gegenüber erhobene Vorwurf des Widerspruches, der darin liegen soll, dass einerseits das Recht des Beschuldigten anerkannt wird, die Antwort zu verweigern, andererseits aber doch gesagt wird, das Verhör sei eine wesentliche Förmlichkeit des Verfahrens, eben weil es ein moyen de défense sei. Aus letzterem folgt natürlich nur, dass es ihm eröffnet, nicht dass es ihm aufgedrängt werden muss.)

waren[162] und eher sich geneigt zeigten, dieselbe soweit irgend noch möglich in die Hauptverhandlung zu übertragen, als sie in der Voruntersuchung fallen zu lassen. Dies zu verhindern konnte die auffallend magere Behandlung des Verhörs des Angeklagten in den Gesetzen nicht genügen. Das Verhör des Beschuldigten im Vorverfahren ist zunächst aus Anlass der ersten summarischen Erhebungen des Staatsanwalts oder Untersuchungsrichters (Art. 40) und dann im Art. 93 erwähnt, der eigentlich nur eine Fristbestimmung enthält. Das Wort interrogatoire ist da ausgesprochen, über die Sache selbst aber nichts gesagt[163]. — Der das Verfahren in der mündlichen Verhandlung vor dem Polizeigerichte regelnde Art. 153 spricht nicht vom Verhör der vorgeladenen Person, nur davon, dass diese ihre Vertheidigung

---

[162] Man sehe z. B. bei Hélie § 376 II—IV, 2. éd. Nr 1930. 1931 die Erörterungen über die Frage, ob sich der Untersuchungsrichter täuschender Kunstgriffe bedienen dürfe, und die Anführungen von Schriftstellen des 18. Jahrhunderts, welche gegen das in diesem Sinne hergebrachte ankämpfen, aber auch noch die darüber zwischen Mangin u. Hélie geführte Polemik, wobei ersterer wenigstens die Ueberrumpelung des Beschuldigten empfiehlt, letzterer aber in schönen und warmen Worten die entgegengesetzte Ansicht vertritt: „Non, le juge ne doit pas se servir d'une espèce de surprise et de feinte pour découvrir la vérité; non, il ne doit pas employer des artifices et des ruses pour obtenir des révélations. Cette distinction entre l'adresse licite et l'adresse dolosive, substituée aux fraudes ouvertement pratiquées jusque-là, ne tend qu'à perpétuer, sous des apparences honnêtes et sous un nom, qui les dissimule, des abus de l'instruction que l'on a justement flétris. La justice qui, suivant l'expression de Domat est en elle-même la vérité, doit mettre la vérité dans tous ses actes. Il ne lui est pas permis d'employer des moyens qui, à un si faible dégré que ce soit, sont empreints de dol et de fraude . . . L'habileté du juge ne peut consister que dans la position loyale et claire de toutes les questions qui résultent de l'étude consciencieuse des faits . . . Qu'il se tienne en garde contre les subterfuges de l'inculpé, à la bonne heure, mais qu'il ne retourne pas contre celui-ci les mêmes subterfuges" . . . S. auch Duverger Nr 332, vol. II p 433 ff., der selbst sich in erster Linie auf den Standpunkt stellt, zu fragen, was der Richter seiner persönlichen Würde schuldig sei (La ruse et la surprise dégraderaient la dignité de son caractère), einen interessanten Katalog verwerflicher Kunstgriffe aufstellt (p 433 Anm 2) und den dergleichen empfehlenden Autoren eine lange Reihe von Vertretern seiner eigenen Ansicht entgegenstellt. S. auch Bonnier Nr 385, vol. I p 493 ff., wie speciell über captiöse Fragen Nr 401 das.

[163] Man muss auf ein Specialgesetz, das den Code vom 3. Brumaire IV änderte, zurückgehen, um darüber etwas zu finden. Art. 10 des Gesetzes v. 7. Pluviose des J. IX schrieb vor, der Beschuldigte sei zunächst zu befragen, ohne dass er von den Anschuldigungen und Aussagen Kenntniss habe; nach seinem Verhör seien sie ihm mitzutheilen und dann sei dieses, wenn er selbst es verlange, zu erweitern; und diesen Vorgang sieht Hélie als den, abgesehen vom Vorlesen der Aktenstücke, auch heute noch einzuhaltenden an, § 375 III, vol V p 711; 2. éd. Nr 1927.

vorbringt (proposera sa défense) und ihre Beweise vorführt; und es wird angenommen, dass hier ein Verhör wirklich nicht stattfinden soll[164]. Dagegen heisst es im Art. 190 nach der Darstellung des Beweisverfahrens vor dem Zuchtpolizeigericht: „Der Beschuldigte wird verhört, der Beschuldigte .... bringt seine Vertheidigung vor, der Staatsanwalt resumirt und stellt seine Schlussanträge, der Beschuldigte kann repliciren". Dass jene drei Worte den Controversen ein weites Feld offen lassen, versteht sich von selbst. Begründet es Nichtigkeit, wenn die keineswegs gleichgiltige Ordnung der Procedurakte umgekehrt, das Verhör dem Beweisverfahren vorausgeschickt, wenn es ganz unterlassen wurde[165] u. s. w.? Noch viel weniger findet man irgend feste Anhaltspunkte zur Bestimmung des Zweckes und Inhaltes des Verhörs. In den Schwurgerichtsfällen hat das der Hauptverhandlung vorausgehende sog. Präsidentenverhör nur eine formelle Bedeutung. Dagegen findet in der Hauptverhandlung ein Verhör thatsächlich statt und zwar fast immer ein die alte Inquisitionskunst in die Hauptverhandlung tragendes Verhör, in welchem sich der Vorsitzende, ehe noch ein Beweisverfahren stattgefunden hat, lediglich auf Grund der Akten und unter Benutzung und Anführung ihres Inhalts in einen Kampf, in ein förmliches Ringen mit dem Angeklagten einlässt und eben dadurch wenigstens den Anschein jener Unparteilichkeit einbüsst, deren er bei den späteren Akten der Hauptverhandlung gar nicht entbehren kann. In dieser Gestaltung entbehrt aber dieses Verhör jeder gesetzlichen Grundlage; es fehlen selbst jene wenigen Worte, mit welchen das Verhör vor dem Zuchtpolizeigericht vorgezeichnet ist. Das Gesetz (Art. 319) spricht nur 1. von einer Frage, die nach jeder Zeugenvernehmung an den Angeklagten darüber zu richten ist, ob er auf das eben gegen ihn gesagte etwas antworten wolle; 2. von dem Recht des Präsidenten, vom Zeugen und vom Angeklagten alle Aufklärungen zu verlangen, die er zur Offenbarung der Wahrheit nöthig finden mag. Mit Recht sagt daher Hélie, dass kein Gesetz das Verhör des Angeklagten vor dem Schwurgericht vorschreibe. Und er betont den Unterschied, der zwischen der Frage nach einzelnen Aufklärungen im Beweisverfahren und einem inquisi-

[164] Carnot zu Art. 153; Rolland A. 153 Nr 34; höchstens einzelne Interpellationen seien gestattet. Rogron meint, selbst diesen dürfe der Charakter von Fragen nicht beigelegt werden, weil der Beschuldigte ja gar nicht verpflichtet sei, zu erscheinen (Art. 152 im Gegensatz zu dem für das Zuchtpolizeigericht geltenden Art. 185).

[165] Rolland Art. 190 Nr 53 ss. Hélie, Pratique Nr 448 p 221. Dalloz, Répertoire vo. „Instruction criminelle" Nr 952. 958—961, vol. XXVIII p 243. 244.

torischen Verhör vor demselben liegt[166]. Allein die Praxis schuf mit Genehmigung des Cassationshofes das Verhör als facultatives Institut[167]. Es hängt von dem Ermessen des Vorsitzenden ab, es vorzunehmen, und es ist das unbestrittene Recht des Angeklagten, sich demselben durch Verweigerung der Antwort zu entziehen[168]. Nur zögernd und eigentlich blos der Praxis sich fügend erkennt Hélie die Zulässigkeit dieses Verhöres an und seine Stellung in der Ordnung des Verfahrens nur mit dem Vorbehalt, dass die Vertheidigung dagegen keinen Einspruch erhebt; um so nachdrücklicher hebt er es hervor, dass das übliche Verfahren, welches die Hauptverhandlung mit dem Verhör beginnen lässt, „mit der Theorie des Gesetzes nicht in Einklang steht“ [169]. Jedenfalls schreibt er für dieses Verhör andere

---

[166] Instr. § 643 I, vol. VIII p 770. 771; 2. éd. Nr 3543; éd. Brux. Nr 5019. Anders stellt sich dies nach den das französische Verfahren in Deutschland begründenden Gesetzen. Zwar der für Westfalen erlassene „Codex des Verfahrens in peinlichen und correctionellen Sachen“ oder vielmehr die Gesetze vom 19. August 1808 Art. 53 und vom 18. März 1809 Art. 10 stimmen mit dem französischen Recht noch ganz überein; aber schon durch Circular der preussischen Immediat-Justiz-Commission für die Rheinprovinzen vom 3. December 1816 wurden die Assisenpräsidenten angewiesen, unmittelbar nach Entfernung der Zeugen den Angeklagten zu einer vollständigen Erklärung über die That, die Umstände derselben und seine Vertheidigungsgründe anzuhalten (Daniels § 329). Und das gleiche thaten die sämmtlichen deutschen Strafprozessgesetze nach 1848 mit Ausnahme der braunschweigischen StPO.

[167] Dalloz l. c. Nr 2240 p 563 meint, gestützt auf eine Reihe von Entscheidungen des CH, es sei gar nicht nöthig gewesen, dem Präsidenten das Recht ausdrücklich einzuräumen, „im Laufe der Hauptverhandlung Fragen an den Angeklagten zu richten“; § 3 des Art. 319 habe nur über einen so wichtigen Punkt keinen Zweifel aufkommen lassen wollen. Es handle sich hier um ein Recht des Vorsitzenden, während § 1 ihm eine Pflicht auferlege. Andererseits aber, wenn, wie dies auch der Cassationshof anerkennt, das Verhör nur facultativ ist, ist es doch nicht verboten, es, und zwar auch gleich bei Beginn der Hauptverhandlung, vorwegzunehmen; es handle sich dabei nur um Ausübung der discretionären Gewalt.

[168] Hélie l. c. Dalloz l. c. Nr 2241. Cubain Nr 435 p 263. Anspach p 95 Nr 24.

[169] Auch andere französische Schriftsteller warnen vor den Gefahren, denen das Verhör die Wahrheit aussetzen kann. Selbst Dalloz Nr 2239. 2240 spricht von der „Verwirrung, welche der imposante Apparat der Justiz, die geistige Kraft und Gewandtheit des verhörenden Richters, das berechtigte Bemühen, die eigene Vertheidigung zu sichern“, hervorrufen kann. Cubain Nr 436 sagt: „Das Verhör ist viel wirksamer zur Darthuung der Schuld als der Unschuld des Angeklagten. Widersprüche treten leichter hervor, als die innere Uebereinstimmung sich zeigt. Man glaubt leicht einem Menschen, der sich anklagt, aber man nimmt alle Angaben des Angeklagten, womit er sich vom Verdacht zu reinigen sucht, mit Misstrauen auf“. Er schildert dann die Gefahren der verfehlten

Grundsätze vor, als von welchen sich die gewöhnliche Praxis leiten lässt: „Er (der Vorsitzende) hat das Recht, von ihm (dem Angeklagten) Aeusserungen zu verlangen, um ihn zu seiner Rechtfertigung oder zum Geständniss seiner Schuld zu veranlassen (provoquer); er soll ihn aber nicht übereilen, nicht verwirrt machen, sondern es ihm ermöglichen, sich frei und deutlich auszusprechen; er soll endlich in vollster Unparteilichkeit einzig und allein die Wahrheit suchen".

Aus all dem ergiebt sich, dass hier die französische Praxis ihre eigenen, von dem Geiste des neuen Verfahrens sich abwendenden Wege ging. Der schon erwähnte, fast unvermittelte Uebergang vom System der Folterung, die Lebhaftigkeit des französischen Nationalcharakters, welcher ruhiges Abwarten und die Verabsäumung einer Gelegenheit, sich zu zeigen, nicht gestattet, die vielfach an die Leidenschaften appellirende, eine nüchterne Prüfung der Beweise zurückdrängende französische Verhandlungsmethode, gesteigert durch den Fehler, dass man der Jury die Correctur des Strafgesetzes durch Gewährung des Rechtes willkürlicher Statuirung von „mildernden Umständen" übertrug und für die Mehrzahl der Fälle diese Frage zu der allein praktischen machte — alles dies gab dem Verhör des Angeklagten eine Gestalt, welche Widerspruch hervorrufen musste, als es von den meist aus der Zahl der alten Inquirenten hervorgegangenen ersten deutschen Schwurgerichtspräsidenten, wenn auch in gedämpfterem Tone, nachgeahmt wurde. Es ward daher dieses Verhör bald eines der Angriffsobjecte derjenigen, welche sorgfältigere Prüfung des von Frankreich übernommenen Bestandes forderten und zu diesem Zweck, neben der Sichtung der Principien, die Berücksichtigung der Vorzüge des englischen Rechtes vorschlugen[170], zu dessen eingehender Darstellung daher nun übergegangen werden muss.

Verhöre, namentlich der Suggestiv- und captiösen Fragen, der Einschüchterung des Angeklagten durch einen zu schroffen, der Hätschelung seiner Unverschämtheit durch einen zu schwachen Richter.

[170] Glaser, Kleine Schriften S 407 ff. (ANF 1851 S 70 ff.). Mittermaier, Gesetzgebung S 462—468. Biener, Englisches Geschwornengericht § 51 II S 126 bis 129. Zachariä, Handbuch II § 104 und die an diesem Orte angeführte Literatur. Tippelskirch in GA 1856 S 8 ff. Sundelin daselbst 1858 S 624 ff. und im GS 1859 S 161 ff. Verhandlungen des deutschen Juristentages VII B 1 S 86 ff. (Glaser), B 2 S 109—122. 238. Wahlberg, Gesammelte kleine Schriften II 297 ff. und in Grünhuts Zeitschrift I 152 ff. Hingst, Over de persoonlijke Bewijsmiddele, Nieuwe Bijdragen XVII 598 ss. Gneist, Vier Fragen S 122. 125. 126. 133. Unter den Kritiken des Entwurfes der deutschen StPO siehe Wahlberg S 65, Meyer S 43, v. Bar S 39. Vgl. übrigens die Literaturangaben bei Glaser, Handbuch § 40 Anm 1—3.

§ 8. Fortsetzung: Englisches Recht.

Das englische Recht[171] über die Erklärungen und Aussagen des Angeklagten hat einen besonderen Anspruch auf eingehende Darstellung sowohl wegen der Eigenart einzelner Normen desselben, als auch wegen der ausserordentlichen Sorgfalt, welche auf den Gegenstand jederzeit verwendet wurde. Die Uebersicht über diese an Distinctionen überaus reichen Satzungen und Erörterungen dürfte am leichtesten dadurch herzustellen sein, dass unterschieden wird zwischen Aeusserungen in der Hauptverhandlung — vor dem die Voruntersuchung leitenden Richter — und anderwärts gefallenen, die der Kürze halber als aussergerichtliche bezeichnet werden können.

I. Indem zunächst die letzteren besprochen werden, ist vor allem hervorzuheben, dass die englischen Schriftsteller über Beweisrecht zwischen Geständniss und Zugeständniss (confession — admission) zu unterscheiden, letzteren Ausdruck für den Civilprozess, ersteren für den Strafprozess vorzubehalten pflegen, dass aber der letztere im Strafprozess auch gebraucht wird, um den Gegensatz zwischen einem vollen und ausdrücklichen Bekenntniss in der Hauptsache und stillschweigendem Zugeben oder dem Geständniss einzelner, zumal nur in zweiter Linie wichtiger Thatsachen auszudrücken. Einigermaassen hängt damit auch die Neigung zusammen, in die Erörterung des Geständnisses solche Beweismomente hineinzuziehen, welche eigentlich aus der Haltung des Angeklagten abgeleitete indirecte Beweisgründe bilden[172].

Wie dem auch sei, so werden einzelne Reden, zusammenhängende

---

[171] Best §§ 522—553. Greenleaf I §§ 96. 169. 170. 217. 232. Roscoe p 37—61. Taylor §§ 654. 655. 789—828. Archbold p 198 ss. Wharton book II ch. II n. 5. Joy, On the admissibility of confessions. Dublin 1842. Stephen, Digest Art. 21—24 und Note XV. XVI. Cox p 82—85. Wills ch. 3 sect. 6 p 68 ss.

[172] In diesem Sinn spricht Best § 521 von selfdisserving evidence, das auf Worten, Schriften, Zeichen oder Stillschweigen beruhe, und zieht hieher auch noch (§§ 573. 574) die Nichtbeantwortung und ausweichende Beantwortung von Fragen (s. auch Roscoe p 52). Auch hier zeigt sich der Einfluss Benthams, der allerdings diese ganze Materie (im 8. u. 9. Kap. des 5. Buches) als einen Theil der Lehre vom Indicienbeweis behandelt und von einer grossen Mannichfaltigkeit von Reden der Beschuldigten sagt, sie bieten „eine Mischung directer und circumstantieller Beweise“ dar, und in diesem Sinn dem Geständniss die Zugeständnisse entgegensetzt, wie „einzelne Geständnisse, Theile des selbstentschuldigenden Beweises, losgerissene Bruchstücke, die man zu einer Kette verknüpfen kann, aber nur durch ein Verfahren, welches die Natur der Beweisführung aus den Umständen hat“.



Erzählungen des Angeklagten und Antworten auf an ihn gerichtete Fragen, unter Durchbrechung des sonst so hoch gehaltenen Grundsatzes von der Unzulässigkeit des Beweises über Hörensagen, als Beweis gegen den Angeklagten zugelassen; und es steht dem weder die zur Herauslockung solcher Reden angewandte List und andere noch so niedere Kunstgriffe, noch die Zusage der Geheimhaltung, noch der Umstand entgegen, dass die Aeusserungen im Traume, in der Trunkenheit u. s. w. gemacht wurden. Die einzige Bedingung, welche für die Zulässigkeit eines aussergerichtlichen Geständnisses geltend gemacht wird, ist, dass dasselbe „freiwillig" abgelegt wurde [173]. Um die Eigenthümlichkeit dieser Behandlung des Gegenstandes richtig aufzufassen, muss man beachten, dass Bedenken gegen die Glaubwürdigkeit und Beweiskraft des Zeugnisses über das angebliche Geständniss sonst der Würdigung des Beweisergebnisses durch die Jury anheim gestellt sind, hier aber es sich um die Zulassung des Beweises selbst handelt, über welche der Richter, sobald ein Bedenken dieser Art auftaucht, allein entscheidet, im allgemeinen allerdings nach seiner Beurtheilung des Vorhandenseins des erwähnten Erfordernisses, aber nicht ohne durch Präcedentien gebunden zu sein, deren Tendenz von Zeit zu Zeit gewechselt hat und deren Ansammlung und Handhabung die Bildung und Entwickelung des englischen Beweisrechts anschaulich zu machen vortrefflich geeignet ist. Während die englischen Schriftsteller mehr und mehr beklagen, dass der freien Beurtheilung des einzelnen Falles zu wenig Spielraum gelassen ist, und nach dem leitenden Gedanken suchen, der sich durch die auseinandergehenden Judicate hindurchzieht [174], können wir von unserem Stand-

---

[173] Die Definition von Stephen lautet: „A confession is an admission made at any time by a person charged with a crime, stating or suggesting the inference, that he committed that crime. Confessions if voluntary, are deemed to be relevant facts".

[174] Als der entsprechendste Ausdruck des Fundamentalsatzes des englischen Rechtes wird folgender Ausspruch des Oberrichters Eyre angesehen: „Ein freies Geständniss verdient vollsten Glauben, da man annehmen muss, dass es der Ausdruck des lebhaftesten Schuldbewusstseins ist; aber ein durch schmeichelnde Hoffnung oder quälende Furcht hervorgezerrtes Geständniss bietet sich in so bedenklicher Gestalt dar . . ., dass man ihm keinen Glauben schenken kann" . . . In dieser Allgemeinheit würde der Satz mehr darauf hinweisen, die Hoffnung und Furcht selbst, nicht aber die Art ihrer Hervorrufung sei zu berücksichtigen, und eben weil die Praxis letzteres als das entscheidende ansah, kam sie oft dahin, Geständnisse auszuschliessen, bei welchen gar nicht anzunehmen war, dass sie wirklich beeinflusst waren. In einem Falle z. B. wurde ein Geständniss zurückgewiesen, das vor einem Constable abgelegt wurde, der gesagt hätte: Die Ihnen zur Last

punkt aus deutlich erkennen, dass es sich hier wesentlich um einen mit vollem Bewusstsein ausgebildeten staatsrechtlichen Gegensatz gegen

---

gelegte Handlung ist ein schweres Verbrechen; Sie müssen daher bei Erklärungen, die Sie mir oder anderen machen, sehr behutsam sein, soweit sie Ihnen schaden können; aber alles, was Sie zu Ihrer Vertheidigung sagen, werden wir bereitwillig anhören oder zu Ihrer Unterstützung verwerthen (or send to assist you). Auf ähnliche Entscheidungen bezog es sich, wenn bei einer im Jahre 1852 stattgefundenen principiellen Behandlung der Frage (R. v. Baldry) Richter Parke sagte: „Es sind in dieser Richtung die Entscheidungen sehr weit gegangen. Es ist jetzt zu spät, zu erwägen, ob es nicht überhaupt besser gewesen wäre, die ganze Prüfung der Jury zu überlassen; jedenfalls aber sind durch die ergangenen Entscheidungen die Beschuldigten zu sehr begünstigt worden. Ich bekenne, dass ich dieselben nicht ohne einige Beschämung betrachten kann . . . und schliesse mich der Aeusserung an, dass die Regel zu weit ausgedehnt wurde und dass oft am Altar der Milde Gerechtigkeit und gesunder Verstand geopfert wurden". Von demselben Richter führt Greenleaf I § 223 folgende Aeusserung an, in welcher er eine Bestätigung seiner eigenen Theorie, sowie seiner Behauptung findet, dass die Schwierigkeiten hauptsächlich aus dem Bestreben erwachsen, „durch Rechtssätze die Umstände und Verhältnisse zu bestimmen, von welchen in allen Fällen angenommen werden muss, dass sie das Geständniss herbeigeführt haben", während doch bei der grossen Mannichfaltigkeit der Fälle „die Regel oft mit der Wahrheit in Conflict gerathen muss". Parke also sagte bei Begründung des Urtheils des Appellhofes im Falle R. v. Moore: „Vielleicht wäre es besser gewesen, wenn man schon einmal dem Richter die Entscheidung überliess, ob das Geständniss ein freiwilliges ist, ihm ganz anheim zu geben, in jedem einzelnen Falle unter Berücksichtigung aller Umstände desselben zu entscheiden, namentlich die Beschaffenheit der Zusage (inducement) oder Drohung und die Eigenschaft der Person, von welcher sie ausgeht, zu berücksichtigen, nicht aber unbedingt blos wegen der letzteren das Geständniss auszuschliessen. Allein es ist einmal eine uns bindende Regel festgestellt, dass wenn die Zusage oder Drohung von Personen, die Autorität haben, ausging, wie geringfügig sie auch war, und ob sie nun thatsächlich erfolgte oder nur anzunehmen ist (held out actually or constructively), es stets zurückzuweisen ist . . . Geschah das gleiche von einer Person ohne Autorität, so ist das Geständniss unzweifelhaft zuzulassen" . . . Es wird demgemäss das Zeugniss einer Frau zugelassen, welche ihrem des Kindesmordes angeschuldigten Dienstmädchen gesagt hatte: sie rathe ihr, die Wahrheit zu sagen (she had better to speak the truth). Hier ruht also die Entscheidung auf der persönlichen Stellung desjenigen, der das Geständniss veranlasste, nicht auf der Beschaffenheit der Einwirkung. Amerikanische Entscheidungen (mitgetheilt von Greenleaf bei § 220 a) gehen noch weiter zu Gunsten der Zulassung von Geständnissen, z. B. wenn dem Verdächtigen gesagt wurde, „das Geständniss könne seine Lage nicht verschlimmern, es wäre für ihn besser, die Wahrheit zu sagen", oder „es helfe ihm nichts, zu leugnen, die Goldstücke seien dort, wo er sie hingelegt, gefunden, und es wäre besser für ihn, darauf hin zu gestehen". Bezeichnend für die Einseitigkeit in der Berücksichtigung der Beeinträchtigung der Freiwilligkeit des Geständnisses ist es, dass in Fällen wie diese kein Wort über die Frage verloren wird, ob dergleichen Vorhalte von untergeordneten Polizeiorganen der Wahrheit entsprachen?

die Behandlung des Geständnisses im römisch-kanonischen Prozess und im continentalen Inquisitionsprozess mit seiner Folter handelt. Daher erklärt es sich, dass nicht nur die Drohung, sondern ebenso gut jedes Versprechen ein Hinderniss der Zulassung des Geständnisses ist, dass aber beide nicht an sich entscheidend sind, sondern nur ausgehend von gewissen Personen und erfolgend unter Umständen, wo anzunehmen ist, dass das Geständniss durch directe oder indirecte Einwirkung der Furcht oder Hoffnung, welche die Art der Handhabung der Strafrechtspflege zu erregen vermag, erzielt wurde. Das Geständniss wird also dann nicht als freiwillig angesehen, wenn Personen, die Autorität haben (persons in authority), Drohungen oder Versprechungen dem Beschuldigten gegenüber angewendet haben, oder wenn es nach Lage der Dinge auch nur den Anschein hatte, dass solches unter ihrem Einfluss geschehe, und der Beschuldigte unter dem Eindruck gehandelt haben kann, dass dies der Fall sei. Als Autoritätspersonen in diesem Sinn gelten daher nicht blos Beamte und Diener, die mit der Polizei und der Strafrechtspflege zusammenhängen, sondern vermöge des englischen Systems der Verfolgung durch Private diejenigen, die in den Fall kommen könnten, als prosecutor einzuschreiten, eben darum namentlich auch die Dienstgeber des Verdächtigten, wenn das vermuthete Delict in irgend einer Weise sie angeht; alles, was von solchen Personen ausgehend dem Verdächtigten die Meinung beibringen konnte, dass er durch Ablegung des Geständnisses in Bezug auf den Strafprozess, in welchem dasselbe gegen ihn als Beweis angeboten wird, sich einen Vortheil verschaffen oder ein Uebel von sich abwenden könne, bildet ein Hinderniss der Zulassung dieses Beweises. Dagegen kommen z. B. religiöse Einwirkungen, die das Geständniss als Pflicht hinstellen, wie es scheint selbst Zusagen des Gefängnisspersonals in Bezug auf Vergünstigungen in der Behandlung des Untersuchungsgefangenen, nicht in Betracht.

Die Praxis hat aber noch weitere Ausnahmen geschaffen. Ungehörige Einwirkungen der früher erwähnten Art hindern die Zulassung des Beweises nicht, wenn sie zwar der Ablegung des Geständnisses vorhergingen, aber anzunehmen ist, dass sie ihren Einfluss zur Zeit der Ablegung desselben bereits verloren hatten. Auch wenn das Geständniss in seiner Totalität aus Gründen solcher Art nicht zugelassen werden darf, dürfen doch nicht blos die in Folge und mit Hilfe desselben entdeckten Thatsachen, sondern auch unmittelbar hierauf sich beziehende Aeusserungen des Angeklagten (z. B. die von ihm

ausgehende Angabe des Ortes, wo die gestohlenen Gegenstände verborgen waren) bewiesen werden.

II. In der Voruntersuchung vor dem Friedens- oder Polizeirichter ist die Entgegennahme des Geständnisses durch das st. 11 und 12 Vict. c. 42 geregelt[175], welches ebenfalls manche Controversen hervorrief, da es bezüglich der Warnung, die an den Beschuldigten zu richten ist, zwei Bestimmungen enthält, die weder bezüglich des Inhaltes noch bezüglich des Zeitpunktes, in welchem sie anzuwenden sind, mit einander übereinstimmen. Die hieraus sich ergebenden Folgerungen fasst (nicht ohne beissend-kritische Bemerkungen über die mangelhafte Fassung des Gesetzes) Taylor[176] folgendermaassen zusammen: „Es muss dem Angeklagten die Anschuldigung vorgelesen und es müssen in seiner Gegenwart alle (Belastungs-)Zeugen vernommen worden sein; nach Vollendung aller Aussagen muss ihm die Aufzeichnung derselben vorgelesen werden, und erst dann hat der Richter ihn zweimal zu warnen, zuerst im allgemeinen und dann bezüglich der Unwirksamkeit der etwa vorher gegen ihn angewendeten Drohungen oder Zusagen[177]; seine ganze Aussage ist hierauf in seinen

[175] Es trat an die Stelle älterer Statute: 1 u. 2 Phil. et Mar. c. 13; 2 et 3 Phil. et Mar. c. 10; 7 Geo. IV. c. 64. Für Irland gilt das viel deutlichere st. 14 et 15 Vict. c. 93.

[176] § 812.

[177] Nach § 18 des angeführten Statuts soll nämlich der Untersuchungsrichter „nach Vollendung der Aussagen aller Belastungszeugen“ und nach Vorlesung derselben den Beschuldigten in folgendem Sinne anreden: Wünschen Sie, nachdem Sie die Beweise vernommen, etwas zur Beantwortung der Anschuldigung vorzubringen? Sie sind nicht verpflichtet, etwas zu sagen, es wäre denn, dass Sie es selbst wünschen, aber was Sie sagen, wird niedergeschrieben und kann bei der Hauptverhandlung als Beweis gegen Sie gebraucht werden“. An einer späteren Stelle des Gesetzes aber ist die Gestattung dieser Benutzung als Beweis der Bedingung unterworfen: dass der Untersuchungsrichter, ehe der Angeklagte eine Erklärung ablegt, ihm deutlich zu verstehen giebt, dass er, wenn etwa das Versprechen einer Begünstigung oder eine Drohung gegen ihn gebraucht sein sollte, um ihn zu einem Geständniss zu bringen, von ersterem nichts zu hoffen, von letzterer nichts zu fürchten habe, „dass aber alles, was er jetzt sagen werde, nichtsdestoweniger als Beweis gegen ihn könne gebraucht werden“. Das ist es, worüber Taylor (§ 812 p 735 Note 2) sagt: This is quite new and is an unique specimen of absurd legislation. Die Tendenz dieser Bestimmung ist indess klar und durch den früher dargelegten Stand des Rechtes über Einwirkungen zur Erlangung von Geständnissen erklärt; es handelt sich bei der zweiten Bestimmung darum, die Nachwirkung solcher aussergerichtlichen Beeinflussung fern zu halten. Allein allerdings ist es nun zweifelhaft, ob beide Warnungen zugleich eintreten müssen und ob die Weglassung der zweiten das Geständniss ungiltig macht, Fragen, welche die Praxis verneint und welche auch im Entwurf des Strafgesetzes v. 1879 (section 455) ihre

eigenen Worten niederzuschreiben; er muss sodann um seine Unterschrift angegangen werden, ohne dass über die Wirkung der Verweigerung etwas gesagt wird[178]; zuletzt hat der Richter zu unterschreiben und die Aussage den sonstigen Depositionen in der Sache beizufügen und mit ihnen dem Schwurgericht vorzulegen".

Der Schutz, den diese Bestimmungen in reichem, auf dem Continent unbekannten Maasse dem Angeklagten gewähren und durch welchen unzweifelhaft die Beweiskraft des Geständnisses wesentlich erhöht wird, beruht aber, wie sich bei genauerer Erwägung zeigt, doch viel mehr auf dem in der englischen Praxis herrschenden Geist[179] als auf der Wirksamkeit jener Bestimmungen. Denn vor allem entsteht angesichts der formellen Beweiskraft des vom Richter ausgefertigten Protokolles, welches nach dem Ausspruch des Gesetzes „ohne weiteren Beweis" über das Geständniss als Beweismittel gebraucht werden kann und jedenfalls die Vermuthung der Legalität des Vorganges des Richters begründet, der Zweifel, was bei behaupteten Un-

---

Lösung dadurch finden, dass im Anschluss an das irische Recht nur die erste Verwarnung aufrecht erhalten wird. (Auch von der nochmaligen Vorlesung wird Umgang genommen, wenn der darüber zu befragende Angeklagte darauf verzichtet.)

[178] Es ist kein Zweifel, dass die Unterschrift des „Angeklagten" nicht unbedingt zur Giltigkeit erforderlich ist; der Richter in der Hauptverhandlung unterscheidet aber, ob die Umstände die Verweigerung der Unterschrift als Zurücknahme der Aussage erscheinen lassen oder nicht. In ersterem Falle wird das Protokoll als solches nicht als Beweis zugelassen (s. jedoch Anm 181). S. eine Zusammenstellung solcher Entscheidungen bei Roscoe p 59. 60, aus welcher sich ergiebt, dass die Verweigerung der Unterschrift als Widerruf angesehen wird, falls nicht gleichzeitig die Wahrheit des abgelegten Geständnisses ausdrücklich anerkannt wurde.

[179] Es genügt, in dieser Hinsicht darauf hinzuweisen, dass die Fälle nicht selten sind, wo der Untersuchungsrichter nach Verweigerung der Unterschrift durch den Beschuldigten auch seine eigene Unterschrift nicht beisetzt, und dass es vorkommt, dass er dem Beschuldigten nicht blos die gesetzliche Warnung ertheilt, sondern ihm sogar vom Geständniss abredet; s. z. B. das bei Greenleaf I § 255 Anm 4 angeführte Urtheil von Gurney, wo es nöthig gefunden wurde, zu erklären: „Dem Angeklagten abreden, ist nicht recht. Man sollte dem Angeschuldigten sagen, dass das Geständniss in keiner Weise zu seinen Gunsten wirken werde; dass er keine Begünstigung für dasselbe zu erwarten habe und dass er keine Rücksicht darauf nehmen sollte, wenn ihm etwa jemand gesagt haben möchte, es wäre besser für ihn, wenn er gestehe, oder schlechter, wenn er es nicht thue; — ferner dass alles, was er zu seiner eigenen Belastung aussage, in der Hauptverhandlung als Beweis gegen ihn werde vorgebracht werden. Nach dieser Ermahnung sollte es aber ganz ihm selbst überlassen werden, ob er eine Erklärung abgeben wolle oder nicht; allein man sollte ihm nicht davon abreden, ein völlig freiwilliges Geständniss abzulegen, denn dies wäre Verschliessung einer der Quellen der Gerechtigkeit".

regelmässigkeiten, bei der Behauptung, die gesetzlichen Anordnungen seien nicht vollständig erfüllt, zu geschehen habe? Und es fehlt nicht an Richtersprüchen, welche jedenfalls dem Angeklagten die Beweislast aufbürden und die Unterlassung der zweiten oben erwähnten Warnung, ja wohl selbst beider, nicht als Hinderniss der Zulassung des Beweises ansehen [180].

Allein selbst wenn das Document an sichtlichen Mängeln leidet, oder wenn sonst vorgefallene erhebliche Fehler dargethan werden, die es nicht gestatten, dasselbe zu benützen, ist nur das Protokoll beseitigt, nicht die Thatsache der Aussage des Angeklagten, welche nunmehr durch Zeugen bewiesen werden kann [181] und dann den aussergerichtlichen Geständnissen völlig gleichsteht. Dies wird als so selbstverständlich betrachtet, dass vielmehr es nöthig war, Nachdruck darauf zu legen, dass der amtlichen Aufzeichnung über die Aufnahme des Geständnisses, wenn sie nicht an Gebrechen leidet, die sie beweisuntüchtig machen, vor der mündlichen Aussage der Vorrang gebühre und diese nicht willkürlich statt jener vorgebracht werden dürfe. Aber auch dieser Grundsatz kann nicht ausnahmlos gelten. Von den zahlreichen Fragen, die da auftauchen, seien nur folgende erwähnt: Kann das, was der Angeklagte vor der Warnung des Richters und somit vor Beendigung der Beweisaufnahme in der Voruntersuchung vor Gericht sagte, durch Zeugenaussagen bewiesen werden? Ist es zulässig, durch letztere Lücken des Protokolles (namentlich zu Gunsten des Angeklagten) auszufüllen? Ist es zulässig, Erklärungen, die nicht protokollirt wurden, weil sie auf den Gegenstand der Untersuchung sich nicht bezogen, in einer anderen Strafsache desselben Angeklagten durch Zeugen zu beweisen? Ist endlich ein Gegenbeweis durch Zeugen gegenüber dem Protokolle zulässig? Ohne hier in die zahlreichen Distinctionen eingehen zu können, welchen die Praxis die im allgemeinen bejahende Antwort auf diese Fragen unterwirft [182], müssen wir hier nur den auch für aussergerichtliche Geständnisse wichtigen Grundsatz der Untheilbarkeit oder vielmehr Vollständigkeit des Geständnisses erwähnen. Von der Frage,

---

[180] Taylor § 814.

[181] Selbstverständlich können rein äusserliche Mängel, Zweifelhaftigkeit der Unterschrift u. dgl. durch Zeugenaussagen (etwa des Richters oder Schriftführers) über diesen Punkt behoben werden (Roscoe p 60. 61). Umgekehrt giebt Taylor den Rath (§ 815), in wichtigeren Fällen einen Zeugen bereit zu halten, der die etwaigen Einwendungen gegen die Formrichtigkeit des Vorganges sofort beseitigen kann.

[182] S. namentlich Roscoe p 58—60; Taylor §§ 814 ss. Zurückhaltender Greenleaf I § 227.

nämlich, ob das Geständniss als ganzes hingenommen oder verworfen werden müsse, wird später noch zu sprechen sein; hier ist nur zu betonen, dass der Angeklagte ein Recht darauf hat, dass es ohne willkürliche oder unachtsame Ausscheidung einzelner Angaben oder Erklärungen zur Kenntniss des Gerichtes komme, und dass auch dies zur Durchbrechung des Vorranges des Protokolles vor den Zeugenaussagen hindrängt.

Die fortwährende Spannung der Aufmerksamkeit auf die Freiwilligkeit des Geständnisses hat dieselbe von einer anderen praktisch wichtigen Frage abgelenkt, welche daher im ganzen nicht mit der sonst dem Angeklagten zugewendeten Gunst behandelt wird. Es ist nach dem geltenden Recht unzulässig, dass der Beschuldigte in der Voruntersuchung eidlich vernommen wird; ist es dennoch geschehen, so ist die Aussage beweisuntüchtig; in einem Falle, wo das bezügliche Protokoll nach Entdeckung des Versehens vernichtet ward und darauf der Angeklagte neuerdings ein Geständniss in gehöriger Form ablegte, ward dasselbe als unbedingt zulässig erkannt. Dagegen ist die Benutzung der eidlichen Aussage, welche ein Angeklagter in einer anderen Sache als Zeuge abgelegt hat, als Beweis gegen ihn nur dann unstatthaft, wenn er von seinem Recht Gebrauch gemacht, die Beantwortung ihn incriminirender Fragen abgelehnt hat, aber trotzdem dazu angehalten wurde [183]. Mehr und mehr tritt aber in Eng-

[183] In einem Falle wenigstens geht man selbst darüber hinaus und benutzt Aussagen, die der Angeklagte genöthigt war, eidlich zu erhärten, wenn es sich nämlich um die Erklärungen handelt, die der Gemeinschuldner vor dem Bankerottgericht abzugeben genöthigt war; Taylor § 821. Roscoe p 56. Greenleaf I § 225, § 226 Anm 1. — Uebrigens ist es unvermeidlich, dass wir auch auf eine Analogie der Vernehmung inter reum et testem stossen, auf den Fall nämlich, wo der spätere Angeklagte neben anderen Zeugen als unverdächtig vernommen und beeidigt, zuletzt aber als Angeklagter zur Hauptverhandlung verwiesen wurde. Die so abgelegte Aussage ist nicht beweistüchtig. Allein man fühlt die Schwierigkeit, diese Entscheidung neben der Aufrechterhaltung des Grundsatzes zu rechtfertigen, dass sonst Zeugenaussagen des Beschuldigten gegen ihn verwendet werden können. Greenleaf, der allerdings die regelmässige Nichtzulassung der beeidigten Aussagen der als beschuldigt vernommenen mit Gründen rechtfertigt, die theilweise weiter führen, fühlt dies (§ 225. 226). Er sagt zunächst in letzterer Richtung: „Auf den ersten Blick mag es sonderbar scheinen, Beweis über ein Geständniss blos deshalb abzulehnen, weil dieses unter Eid abgelegt war und somit eine der höchsten rechtlich anerkannten Bürgschaften für sich hat. Aber es ist zu bedenken, dass . . . wenn zu den Verlegenheiten und Sorgen des Angeschuldigten noch die Gefahr des Meineides und die Furcht vor weiteren Strafen hinzutritt, das Geständniss kaum als ein freiwilliges angesehen werden kann“ . . . Von dem oben erwähnten besonderen Falle sagt er dann: „Der Unterschied liegt in der Verschieden-

land die Tendenz hervor, durch Specialgesetze zu untersagen, dass wahrheitsgetreue Aussagen, die jemand als Zeuge zu machen genöthigt war oder freiwillig machte, als Beweis in einem gegen ihn geführten Strafprozess benützt werden.

III. Ueber die bisher erörterten Formen solcher Geständnisse, welche in der Hauptverhandlung vorzubringendes Beweismaterial bilden, ist noch einiges ihnen gemeinsames nachzutragen:

Auch im englischen Recht ist die Frage aufgetaucht, was durch Geständniss bewiesen werden könne. Sie wird im allgemeinen dahin beantwortet, dass das Geständniss, wenn es nicht noch irgend eine Bestätigung in objectiven, unabhängig von ihm nachweisbaren Verhältnissen findet, nicht als Beweismittel zulässig sei, obgleich diese Ansicht nicht als feststehend und entschieden bezeichnet werden kann und obgleich sie mit der Zulassung der plea guilty eigentlich nicht in Einklang zu bringen ist[184]. — Nicht minder bereitet die Frage Schwierigkeiten, inwiefern das Geständniss als solches gegen andere Beweis mache. Hier macht sich wieder die Einheitlichkeit des englischen Beweisrechts für Civil- und Strafprozess fühlbar: Grundsätze, welche zunächst aus der gegenseitigen Beziehung von Gesellschaftern, Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem u. s. w. abgeleitet wurden, werden auch auf Strafsachen übertragen, und es gilt der materiellrechtliche Grundsatz, dass bei vorhandenem Complott „die Thätigkeit oder Erklärung des einen Verschworenen oder Genossen zum Zweck der Durchführung des gemeinsamen Unternehmens als Thätigkeit aller anzusehen und als Beweis gegen alle zuzulassen ist“[185]. Dies ist aber nur so zu verstehen, dass die objectiven Ergebnisse der gemeinsamen Thätigkeit, eben weil sie gemeinsame Verantwortlichkeit begründen, auch gegen solche, welche unmittelbar nichts damit zu thun hatten, bewiesen werden können oder, wie Stephen es ausdrückt, „erhebliche

---

heit der Proceduren. Der Geist eines als Zeuge vernommenen wird nicht durch eine Criminalanklage gestört, und überdies kann ihm auch noch die Anwesenheit des Vertreters der Anklage oder Vertheidigung Hilfe und Schutz gewähren; wenn aber jemand als Beschuldigter dem Verhör unterworfen wird oder sich wenigstens in unmittelbarer Gefahr einer Anklage weiss, dann steht er unter dem vollen Einfluss jener Störungen, gegen welche ihn zu schützen die Absicht der Gesetze ist“. (Dass die Ansicht nicht ganz unbestritten ist, darüber s. a. a. O. Greenleafs Hinweise auf Joy.) Vgl. noch Stephen, Digest Art. 23.

[184] Best § 553. Greenleaf I § 217. Taylor § 794. Dass das, was in dieser Hinsicht von extrajudicial confessions gesagt wird, auch auf Geständnisse vor dem Untersuchungsrichter sich beziehe, glaube ich bezweifeln zu sollen.

[185] Greenleaf § 223; Roscoe unter „Conspiracy“ p 387. 388; Archbold p 207.

Thatsachen" in dem gegen sie geführten Prozesse sind. Eben darum dürfen Geständnisse, die einer der Genossen nach Beendigung des gemeinsamen Unternehmens ablegt, im Verfahren gegen andere gar nicht bewiesen werden[186]. Um so bestimmter gilt bei dem gewöhnlichen Verhältniss der Mitschuld nicht blos, dass das Geständniss des einen Mitschuldigen den andern nicht der Mitschuld überweisen kann[187], sondern dass auch nicht einmal das ihm hauptsächlich und in erster Linie zur Last fallende dem andern gegenüber durch sein Geständniss bewiesen werden kann; z. B. das Geständniss des Diebes beweist dem Hehler gegenüber nicht, dass das verhehlte Gut gestohlen war[188].

Es ist schon das selbstverständliche Recht des Angeklagten erwähnt worden, dass die Rede oder Erzählung, welche als sein Geständniss vorgebracht wird, vollständig[189], nicht mit willkürlichen Auslassungen vorgetragen werde. Beruht dies auch zunächst auf der Erwägung, dass solche Auslassungen den Sinn der Rede ganz entstellen können, so liegt darin doch schon die Anerkennung der Thatsache, dass das „Geständniss" Elemente enthalten kann, die als Entlastungsbeweis wirken, und es entwickeln sich hieraus folgende Fragen: 1. Ist das Geständniss für die Beweiswürdigung untheilbar, d. h. muss ihm als einem ganzen, ohne Ausscheidung der darin enthaltenen Beschränkungen geglaubt oder muss es als ganzes

---

[186] Greenleaf l. c.: „In fine, the declarations of a conspirator or accomplice are receivable against his fellows, only when they are either in themselves acts, or accompany and explain acts, for which the others are responsible; but not when they are in the nature of narratives, descriptions, or subsequent confessions".

[187] Mit Vorliebe beruft man sich (Greenleaf I § 233; Taylor § 826) auf Mascardus: „Confessio unius non probat in praejudicium alterius; quia alias esset in manu confitentis dicere, quod vellet, et sic jus alteri quaesitum auferre, quando omnino jura prohibent; — etiamsi talis confitens esset omni exceptione major. Sed limitabis, quando inter partes convenit parere confessioni et dicto unius alterius".

[188] Taylor § 826; Roscoe p 49. 50. 61; Archbold p 207 (dort ist ein Fall erwähnt, wo eine auf dem Sterbebett abgelegte Aussage eines Gehilfen als Beweis gegen den Thäter zugelassen wurde).

[189] Taylor § 795; Greenleaf I § 218. Eine eigenthümliche Schwierigkeit ergiebt sich bezüglich der Zulassung als Beweismittel dann, wenn die Aussage andere mitbelastet; man hat hie und da den Versuch gemacht, die Namen der letzteren auszulassen; überwiegend blieb jedoch die Rücksicht auf die Vollständigkeit der Darlegung, und es wird dem Richter nur zur Pflicht gemacht, die Geschworenen darüber zu belehren, dass die Aussage gegen andere als den Deponenten selbst nicht Beweis macht. Roscoe p 49; Taylor u. Greenleaf a. a. O. am Schluss.

für beweisuntüchtig angesehen werden? Zwar scheint das eine aus dem andern zu folgen, und es erkennt namentlich Best[190] der Theorie von der Untheilbarkeit des sog. qualificirten Geständnisses eine gewisse Berechtigung zu; allein die Entscheidung der englischen Praxis fällt, wie die Gestaltung des Verfahrens es nothwendig mit sich bringt, im entgegengesetzten Sinne aus: „Während allerdings", sagt Best, „die ganze Aussage vorgebracht und zugelassen werden muss, ist es Sache der Jury, zu bestimmen, welchem Theil derselben sie glaubt; sie ist berechtigt, auch dem entlastenden Theil der Aussage Glauben zu schenken, dem belastenden aber ihn zu versagen, und umgekehrt"[191]. Damit aber ist der Uebergang zu der principiell viel wichtigeren Frage gebahnt, ob 2. die Aussage des Angeklagten nur gegen ihn beweise, zu seinen Gunsten aber nicht vorgebracht werden könne? Zunächst ist nach dem vorstehenden anerkannt, dass der Beweis über das Geständniss im Interesse des Angeklagten ergänzt werden kann, somit formell auch als Theil des Entlastungsbeweises zu behandeln ist; sodann ergiebt sich aus dem eben gesagten, dass dadurch die Jury in den Fall kommen kann, Angaben des Angeklagten als einzige Grundlage ihrer ihm günstigen Entscheidung anzunehmen[192], und

---

[190] § 520 unter ausdrücklicher Bezugnahme auf Pothier und dessen Beispiel von dem Geständniss des Darlehens unter gleichzeitiger Behauptung der Zahlung.

[191] Immerhin ist in der englischen Praxis auch in dieser Richtung ein Schwanken zu bemerken, welches auf der Verwechselung der Zulassung des Beweises und der Würdigung desselben, der zum Verständniss nöthigen Vollständigkeit der Erzählung und der Beweiskraft der einzelnen Angaben beruht. Es ist z. B. vorgekommen, dass als Beweis gegen den Angeklagten dessen Zugeständniss, dass er die gestohlene Sache besitze, worüber auch anderer Beweis vorlag, verbunden mit der Versicherung, dass er sie gekauft habe, vorgebracht ward, und dass der Richter die Geschworenen zur Freisprechung anwies: if a prosecutor used a prisoners statement, he must take the whole of it together. Der Fall ist aber vereinzelt geblieben und regelmässig der Jury die Entscheidung gewahrt worden. Roscoe p 51.

[192] Eben dadurch kann der Ankläger thatsächlich in die Lage kommen, gegen die nackte Angabe des Angeklagten einen Gegenbeweis führen zu müssen. Im Anschluss an die Darlegung eines älteren englischen Richters (Bosanquet) und von Greenleaf (§ 218) fasst Taylor (§ 795) die verschiedenen maassgebenden Momente so zusammen: „If after the entire statement of the prisoner has been given in evidence, the prosecutor can contradict any part of it, he is at liberty to do so; and then the whole testimony is left to the jury for their consideration, precisely as in other cases where one part of the evidence is contradictory to an other. Even without such contradiction it is not to be supposed, that all the parts of a confession are entitled to equal credit. The jury may believe that part which charges the prisoner and reject that which is in his favour, if they see sufficient grounds for so doing. If what he said in his own favour is not contradicted by

eben darum kann dem Angeklagten das Recht nicht ohne weiteres abgesprochen werden, wenigstens über Aeusserungen, die er aussergerichtlich oder vor dem Untersuchungsrichter abgab, selbst Beweis beizubringen [193].

IV. Erklärungen, die er in der Hauptverhandlung vor den Geschworenen macht, können daher nicht als beweisuntüchtig angesehen werden. „Der Angeklagte", sagt Best [194], „kann in der Hauptverhandlung, wenigstens wenn er keinen Vertheidiger hat, in seiner Vertheidigungsrede thatsächliches vorbringen (state matters in his defence), das noch nicht Gegenstand der Beweisaufnahme war und was er zu beweisen nicht im Stande ist, und die Jury kann auf diese Angabe, wenn sie dieselbe glaubwürdig findet, ihre Entscheidung gründen".

Damit ist aber anerkannt, dass die Aussage des Angeklagten als solche rechtlich geeignet ist, als Beweismittel zu dienen, auch soweit sie nicht Geständniss ist [195].

---

evidence offered by the prosecutor, nor is improbable in itself, it will be naturally believed by the jury; but they are not bound to give weight to it on that account, being at liberty to judge of it like other evidence, by all the circumstances or the case". Vgl. auch die speciellen Angaben bei Roscoe p 51 u. 52, namentlich über die Fälle R. v. Higgins, R. v. Clewes und R. v. Greenacre. In dem zweitangeführten Falle hatte der Angeklagte angegeben, er sei beim Mord anwesend gewesen, den ein anderer beging; er selbst habe sich nicht daran betheiligt. Der Richter sagte bezüglich dieser Aussage: „Alles muss zusammen beurtheilt werden; es macht Beweis sowohl für als wider den Angeklagten; aber die Jury kann, wenn sie es angemessen findet, einem Theil glauben, dem anderen aber Glauben versagen".

[193] Den Anhaltspunkt dafür bietet schon das Gesetz, welches den Untersuchungsrichter verpflichtet, das Protokoll über die Aussage des Beschuldigten mit den übrigen Akten dem zur Hauptverhandlung berufenen Gericht vorzulegen, wo dann dem Richter das Recht zugesprochen wird, die Aussage von Amts wegen vorlesen zu lassen, während allerdings ein Recht des Angeklagten auf Vorbringung des Protokolles als Beweis nicht anerkannt ist; Rechtsfälle R. v. Haines und R. v. Beard bei Roscoe p 201. 202.

[194] § 520.

[195] Diese in England selbst noch nicht klar erkannte Seite der Frage ist durch eine Menge technischer Nebenfragen verdunkelt; sie ist aber von solcher Bedeutung für die schon beginnende Weiterentwicklung, dass ihr einige Aufmerksamkeit wohl zugewendet werden darf. Mit Recht unterscheidet das englische Recht sehr genau zwischen Prozessbehauptungen der Partei über Umstände, die sie vielleicht auf ungenügende Voraussetzungen hin glauben mag, und förmlichen Aussagen, die gleich einem Zeugniss Anspruch darauf machen, als Darlegungen von Thatsachen aus eigener Kenntniss zu wirken. Solche Aussagen werden unter den dafür vorgezeich-

Während so die freiwillige Aussage des Angeklagten vor den Geschworenen (eine Befragung findet bekanntlich nicht statt) ein von

---

neten Formen allein zugelassen, und es wird auf die Sonderung der zwei Arten von Parteierklärungen besonderes Gewicht gelegt. So kann der gewöhnliche Ankläger in Strafsachen (prosecutor), der in der Regel der Hauptbelastungszeuge ist, nicht selbst einen Eröffnungsvortrag halten; es muss dies durch einen Anwalt geschehen oder ganz unterbleiben. Unter allen Umständen geht der Hauptvortrag des Anwaltes der Vorführung seiner Beweise voraus, und er wird als verpflichtet angesehen, sich auf die Angabe solcher Umstände zu beschränken, für welche er Beweise in Bereitschaft hat. Hieraus erklärt sich die Abnormität, welche lange Zeit den englischen Strafprozess beherrschte, die Ausschliessung der Vertheidigung in den eigentlichen Criminalsachen, für welche die älteren Schriftsteller die mannichfaltigsten Gründe angeben (s. Best § 632), von welchen nur folgende als nicht völlig willkürlich und hohl erscheinen: dass der Angeklagte die Wahrheit besser kennen müsse, als sein Vertheidiger, dass er, wenn er sich selbst vertheidigt, durch sein Gewissen gedrängt werden kann, die Wahrheit zu sagen, oder dass doch seine Haltung seine Schuld verrathen oder die Natürlichkeit seines Auftretens und seiner Erzählung Bürge seiner Unschuld sein kann. Es war also der Angeklagte bezüglich seiner Vertheidigung auf den Vortrag angewiesen, der ihm nach Vorlegung des Anklagebeweises gestattet werden musste. Die Zulassung von Vertheidigern trat zuerst für Hochverrathsfälle ein (7 et 8 Will. III. c. 3), ward allmählich durch wohlwollende Auslegung der Praxis ausgedehnt und erst durch das st. 6 et 7 Will. IV. c. 114 kraft des Gesetzes allgemein gesichert, welches in der Erwägung, „dass es gerecht und billig ist, dass strafbarer Handlungen angeklagte in den Stand gesetzt werden, dem gegen sie vorgebrachten ihre volle Antwort und Vertheidigung entgegenzusetzen“, ihnen das Recht einräumt, dies „nach Beendigung der Aufnahme des Belastungsbeweises (after the close of the case for the prosecution) durch Attorneys, wo solche als Anwälte practiciren“, zu thun. Damit aber änderte sich, ohne dass es genügend beachtet wurde, die Lage des Angeklagten nach einer anderen Seite hin. Dass es zulässig sein könne, den Angeklagten neben seinem Vertheidiger zu einem Parteivortrage zuzulassen, das scheint man als ganz undenkbar angesehen zu haben, obgleich dies in Hochverrathsprozessen feststehende Praxis ist. Ein Verhör des Angeklagten kennt der englische Criminalprozess in der Hauptverhandlung nicht. Dem Angeklagten, der sich eines Vertheidigers bedienen will, ist daher der Mund völlig geschlossen; der Vertheidiger aber ist an die oben erwähnte Regel gebunden: er darf nichts vorbringen, wofür er keine Beweise hat. Und so ergiebt sich ein Dilemma, dessen beide Seiten Abnormitäten darstellen. Hat der Angeklagte keinen Vertheidiger, so kann er mit seinem thatsächlichen Vortrag Behauptungen verbinden, denen, wenn sie sich als ein Zeugniss wenn auch in eigener Sache darstellen, die Jury Glauben beimessen darf, obgleich sie keinen eigentlichen Beweis machen und nicht anderweitig bestätigt sind. Hat er dagegen einen Vertheidiger, so darf dieser von dem allen nichts sagen; aber auch wenn er es thäte, könnte es nur den Charakter einer unbewiesenen Parteibehauptung an sich tragen. Und die Sache wird um so auffälliger, wenn etwa der Angeklagte seine Geschichte nicht blos vor dem Vertheidiger, sondern vor dem Untersuchungsrichter vorgetragen hat, die Anklage aber dieser Aussage sich nicht bedienen will (s. oben Anm 193). Roscoe p 202 bezeugt, dass häufig die Vertheidiger ängstlich bestrebt sind, die Aussage

ihnen zu würdigendes Beweiselement bildet, stellt das englische Recht dem Angeklagten anheim, vor Berufung der Geschworenen eine die That- und Rechtsfrage zugleich erledigende confessio in jure dadurch abzulegen, dass er „schuldig" plädirt, oder ein stillschweigendes Geständniss des thatsächlichen dadurch abzulegen, dass er in diesem Stadium des Verfahrens technische Einreden erhebt (pleas), welche nur unter der Voraussetzung des Verzichtes auf die plea not guilty vorgebracht werden können[196].

V. Sehr wesentlich und belehrend sind die Abweichungen des schottischen[197] Rechtes vom englischen. Sie lassen sich auf drei

---

des Beschuldigten zur Kenntniss der Geschwornen zu bringen. Hier und da ist die Sachlage so grell, dass die Richter die Regel durchbrechen, wie z. B. in dem Falle R. v. Malings (s. einige andere bei Best § 635 Note d), wo der vorsätzlicher Verwundung angeklagte und der Verwundete mit einander allein waren und der Richter, um die Ungerechtigkeit zu vermeiden, die darin gelegen wäre, dass die Geschwornen nur die Erzählung des Anklägers hörten, dem Angeklagten gestattete, vor dem Parteivortrag seines Vertheidigers eine Aussage (statement) abzulegen. Aehnliches geschah im Fall R. v. Wakling, obgleich der Richter sich dagegen verwahrte, dass sein Vorgehen ein Präcedens bilde, und als Regel das hinstellte, was als solche auch oben bezeichnet wurde: der Angeklagte hat die Wahl, für sich selbst zu sprechen oder seinen Vertheidiger sprechen zu lassen. „Diesem Dogma zufolge", sagt aber Best § 635, „wird, da es häufig vorkommen muss, dass die Vertheidigung des Angeklagten auf seiner Erklärung scheinbar verdächtigender Umstände beruht, diese Vertheidigung durch die Beiziehung eines Vertheidigers unterdrückt, was die Verfasser des Gesetzes gewiss nicht im Sinne hatten, jedenfalls aber mit den Grundsätzen der Gerechtigkeit nicht in Einklang steht. Man macht . . . geltend, dass der Vertheidiger die Vertheidigung seines Clienten ja in hypothetischer Form vorbringen kann, aber wie schwach wirkt das im Gegensatz zu einer offenen, geraden Erklärung"! Denkt man sich nun diese künstliche Mundtodterklärung des von einem Vertheidiger unterstützten Angeklagten hinweg, so bleibt ihm dann ein Parteivortrag offen, der halb aus Prozessbehauptungen, halb aus einem Zeugniss in eigener Sache bestehen kann, ohne dass diese verschiedenen Elemente formell gesondert sind; das letztere zu erreichen versucht man durch den neuesten Vorschlag, dem Angeklagten zu gestatten, sich in aller Form eidlich vernehmen zu lassen (Glaser, Handbuch § 46 Anm 5).

[196] Näher hierauf einzugehen, ist um so weniger nöthig, weil man diese Vorgänge als thatsächlich ausser Gebrauch stehend ansehen kann. Glaser, Anklage S 114 ff. Jedenfalls contrastiren sie auffällig mit der geringen Neigung, Geständnisse zu berücksichtigen, die nicht unverkennbar in der Absicht, zu gestehen, abgelegt sind. So sagt schon Hale, dass wenn der Angeklagte (vor seiner Erklärung über die Anklage) dem Gericht offen die Thatsachen erzählt und daran die Frage knüpft, ob er sich dadurch eines Verbrechens schuldig gemacht habe, dieses Bekenntniss nicht zu Protokoll genommen, sondern dem Angeklagten gestattet wird, auf „Nichtschuld" zu plädiren. Roscoe p 37.

[197] Alison p 130 ss. 363 ss. 536—538. 558—563. Macdonald p 289—296. 522. 523. 543—548. 558.

Hauptgründe zurückführen: Die grössere Neigung der schottischen Juristen, von der einzelnen Frage zu einem allgemeinen Grundsatz emporzusteigen und von diesem dann die Regeln für alle verwandten Fälle abzuleiten, während die englischen Juristen ihren Scharfsinn auf Distinctionen verwenden, die ja immer nach abwärts in das technische Detail führen, — das Vorhandensein regelmässig einschreitender, mit den umfassendsten Befugnissen und der vollen Disposition über die Anklage ausgestatteter öffentlicher Ankläger — und die festeingebürgerte Sitte des Verhörs des Beschuldigten in der Voruntersuchung. Dazu kommt dann noch, dass nach schottischem Recht das Geständniss nicht blos bezüglich der That, sondern auch bezüglich der Thäterschaft niemals einen für sich allein die Verurtheilung rechtfertigenden Beweis bildet, sondern die Jury zur Freisprechung angewiesen würde, wenn nicht unterstützendes Beweismaterial hinzutritt[198]. Die hauptsächlichen Wirkungen hievon sind folgende:

1. In Bezug auf aussergerichtliche Geständnisse im weitesten Sinne wird nicht einseitig auf die freiwillige Ablegung derselben, sondern auch auf sonst maassgebende ethische Momente Rücksicht genommen; listige Umtriebe zur Herauslockung von Geständnissen, wenn sie von Behörden ausgehen, die mit der Strafverfolgung oder der Obhut über Gefängnisse betraut sind, bilden ebensowohl ein Hinderniss der Zulassung als Versprechungen oder Drohungen desselben Ursprungs. Dagegen wird andererseits betont, dass über die öffentliche Anklage andere als die berufenen Beamten oder die mit ihnen irgendwie zusammenhängenden nie auch nur indirect verfügen können; es wird also der Jury die Würdigung von Aussagen nicht entzogen, welche sich auf erlauschte oder abgelockte Aeusserungen des Angeklagten beziehen, sofern dem Vorgang nicht behördliche Umtriebe zu Grunde liegen[199]. In der Trunkenheit, in dem Zustande der Geisteskrankheit gemachte Aeusserungen dürfen in Schottland nicht erwiesen werden; bei Reden aus dem Schlafe wird dies in neuerer Zeit bezweifelt.

2. Seit jeher bildet die förmliche Vernehmung (examination) des Beschuldigten durch den die Voruntersuchung (precognition) führenden

---

[198] Alison p 578. 582. Macdonald p 565.

[199] Das beste Beispiel bilden Reden, welche der Angeklagte Mitgefangenen gegenüber im Gefängniss geführt hat; sie werden zum Beweis nur zugelassen, wenn kein Verdacht obwaltet, dass der Aussagende nicht in die Zelle des Angeklagten eigens zu diesem Zweck gebracht wurde. — Dass die Zusagen, welche der Beschädigte dem Angeklagten machte, nicht in dem Maass berücksichtigt werden, wie in England, ist die Folge davon, dass ihm in Schottland nicht die Führung der Anklage zukommt.

Richter einen regelmässigen Bestandtheil der Procedur. Gegen ungehörige Beeinflussung dabei wird der Beschuldigte in Schottland noch sorgfältiger geschützt als in England: der Richter muss ausdrücklich bestätigen, dass er sich von dem Geisteszustande und der Nüchternheit des Aussagenden überzeugt hat; er muss ihm ausdrücklich erklären, dass er nicht verpflichtet sei, auf an ihn gerichtete Fragen zu antworten, und dass ihn wegen Verweigerung der Antwort keine Strafe treffen könne; bei einem wiederholten Verhör muss mit der Verlesung der früheren Aussage begonnen werden; Zeugen müssen dem Verhör beiwohnen, und wenn der Angeklagte in der Hauptverhandlung das Protokoll nicht anerkennt, darf es nur verlesen werden, wenn durch Zeugenaussagen bestätigt wird, dass alles regelrecht zugegangen ist, und wenn die Gesammtheit der in derselben Sache vom Angeklagten abgelegten Aussagen vorgelegt wird. Allein das schottische Recht geht allerdings von dem Grundsatz aus, dass nach beiden Seiten hin die Haltung des Beschuldigten bei diesem Verhör ein wichtiges Mittel zur Enthüllung der Wahrheit bildet. Vor allem ist im schottischen Recht die Vernehmung des Beschuldigten gewöhnlich der erste, nicht, wie das englische Gesetz ausdrücklich vorschreibt, der letzte, erst nach Anhörung der Belastungszeugen und Verlesung ihrer Aussagen zulässige Schritt des Richters; sie ist an keine Zeit gebunden und kann nach Ermessen des letzteren oder auf Wunsch des Beschuldigten wiederholt werden. „Dass die Declaration frei und ungezwungen abgegeben sein muss“, sagt Alison[200], „bedeutet nicht etwa, dass nur das niedergeschrieben werden darf, was auszusagen dem Beschuldigten beliebt (volunteers) . . . , sondern dass die Antworten, welche er auf an ihn gerichtete Fragen ertheilt oder was er aus eigener Bewegung hinzuzufügen sich veranlasst findet, nicht durch ungehöriges Drängen (impropre solicitation), Versprechungen oder Drohungen hervorgerufen sein dürfen. Dass aber die Declaration lediglich die Antwort auf an den Angeklagten gestellte Fragen ist, macht sie keineswegs unzulässig. Lehnt der Angeklagte es ab, eine oder die andere Frage zu beantworten, so steht ihm das vollkommen frei und keine Art von Zwang darf angewendet werden[201]; allein der Ankläger hat ein Recht darauf, dass sowohl die Frage als

[200] P 561. 562.

[201] Darüber hinaus geht es doch wohl schon, wenn Macdonald p 292 sagt: „Schweigt der Verhaftete, so soll der Richter mit Fragen so lange fortfahren, bis sich deutlich zeigt, dass er entschlossen ist, nicht zu antworten, in welchem Fall die Thatsache, dass er sich schweigend verhielt, förmlich protokollirt werden muss“.

der Umstand, dass der Angeklagte die Antwort verweigerte, verzeichnet wird. Dies kommt täglich vor und begründet höchst wirksame Verdachtsgründe gegen die Angeklagten, denn nichts macht auf Geschworne, wie überhaupt auf verständige Leute, einen solchen Eindruck, als die Weigerung des Angeklagten, Fragen zu beantworten, die sich auf das ihm zur Last gelegte Verbrechen beziehen". — Sehr wirksam schützt dagegen das schottische Recht den Angeklagten gegen den Missbrauch dessen, was er aussagte, ohne als Beschuldigter behandelt zu sein; unbedingt zu verwerfen ist nicht nur jede Aussage, welche der Angeklagte unter Eid abgelegt hat, sondern er darf, wenn einmal seine Beeidigung erfolgte, in derselben Voruntersuchung überhaupt nicht mehr verhört werden, und wenngleich kein Gesetz es hindert, unterlässt die Staatsanwaltschaft es doch stets überhaupt, einen so vernommenen wegen des Gegenstandes der Vernehmung zu verfolgen. Ist der spätere Angeklagte unbeeidigt als Zeuge vernommen worden, so darf die von ihm abgelegte Aussage in der Hauptverhandlung als Beweismittel nicht gebraucht werden, ja der Angeklagte kann sogar, ehe man zu seiner Vernehmung als Beschuldigter in der Voruntersuchung schreitet, verlangen, dass die früher von ihm als Zeuge abgelegte Aussage vernichtet werde [202].

3. Auch im schottischen Recht steht (in ungelöstem Gegensatz) der Regel, dass das Geständniss für sich allein nicht vollständigen Beweis mache, die Zulassung einer generellen Schuldigerklärung des Angeklagten in der Hauptverhandlung gegenüber; eigenthümlich ist ihm, dass auch eine partielle plea guilty vorkommen kann, während es andererseits auch bei einer unbeschränkten das Recht des Anklägers ist, zu erklären, ob er sich damit begnüge oder die Verhandlung vor den Geschwornen begehre, ferner dass der Angeklagte auch noch nach der Beweisaufnahme guilty plädiren kann [203].

4. Formell ist auch in Schottland die Aussage des Beschuldigten nur ein Beweismittel in der Gestalt des Geständnisses; sie macht Beweis gegen ihn allein, nicht gegen Mitschuldige [204]; sie macht Beweis gegen ihn, ohne dass er berechtigt ist, sich ihrer als eines Beweismittels zu bedienen; „der Ankläger allein", sagt Macdonald, „kann sie als Beweis vorbringen; der Angeklagte kann gegen den Widerspruch des Anklägers ihre Vorlesung nicht herbeiführen". Einmal vorgebracht kann sie aber allerdings als berechtigte Grundlage der

---

[202] Alison p 567. 568.
[203] Alison p 363 ss. Macdonald p 567.
[204] Alison p 577. Macdonald p 543. 560.

zu Gunsten des Angeklagten ergehenden Entscheidung dienen, nicht blos thatsächlich, weil niemand hindern kann, dass die Jury dadurch beeinflusst wird, sondern auch rechtlich, weil auch der Richter in seinem Résumé ihr diese Bedeutung zuerkennen muss [205].

VI. Fragt man nach der möglichen Verwerthung der hier dargestellten englisch-schottischen Verhältnisse für die legislativen Aufgaben des Continents, so richtet sich das Augenmerk auf folgendes:

1. Die specifisch-beweisrechtlichen Erörterungen, die, ohne einfach übertragen werden zu können, auf Beachtung grossen Anspruch

---

[205] Dies bringt vielleicht Einheit und Zusammenhang in die folgenden, scheinbar einander widersprechenden und in ihrer Conclusion wohl nur mit dem im Text gegebenen Schlüssel verständlichen Sätzen Alisons p 555, welche einen sehr beachtenswerthen Beitrag zu unserer Lehre enthalten: „It is a settled principle of the law of Scotland, that no weight is to be attached by the jury, excepting to evidence delivered or proved in their presence. But it does by no means follow from this that the judicial declaration of the prisoner, voluntarily given before a magistrate, regularly authenticated, and proved to have been emitted in his sound and sober senses, is not a material article of evidence against him. On the contrary, the principle of law and the rule of common sense is, that every deed done, and every word spoken by the prisoner subsequent to the date of the crime charged against him, is the fit subject for the consideration of the jury, and that if duly proved, it must enter into the composition of their verdict. Of course, among the circumstances which may be of weight, either for him or against him none can be more material than what he deliberately said himself, when brought before the magistrate for examination. If the story then told is probable in itself, and agrees with what the witnesses have proved, in those particulars in which it is susceptible of confirmation, it is as material a circumstance in his favour as, if it is absurd or incredible, and contradicted by their testimony, it is a circumstance of weight against him. And this is the true view of the prisoners declaration. It contains his account of the matter laid to his charge, just as the libel (Anklageschrift) contains the story in regard to it told by the prosecutor. The libel may be pleaded against the prosecutor, but it cannot be evidence in his favour; and in like manner, the declaration may be evidence against the prisoner, but cannot be founded on by him as containing proof in his favour. But though a prisoner is no more entitled to refer to a declaration as evidence of the truth of what it contains, than the prosecutor is to found on the libel for the same purpose, yet he is fully entitled to found upon the declaration a material circumstance in his favour, if it contains a full, fair and candid statement such as bears probability on its face, and if it is confirmed by what the witnesses, either on one side or the other prove at the trial. To this extent a declaration may and often is, of material service to a prisoner; for during the collision of evidence and argument in a jury trial, it is rare that truth is not in the end extricated; and when that takes place, the balance almost always inclines to the party which has first and most openly spoken to it. A declaration therefore, is in general as great a benefit to an innocent, as it is a disadvantage to a guilty person; and in both cases it conduces to the great ends of criminal law, the conviction of the guilty and the acquittal of the innocent“.

haben und dazu mahnen, nicht alle Regeln der Vorsicht, welche die Erfahrung der Jahrhunderte aufgehäuft hat, unter dem Vorwand unbeachtet zu lassen, dass sie durch die freie Beweiswürdigung beseitigt seien.

2. Der Schutz, der dem Beschuldigten im englischen Vorverfahren zu Theil wird, insofern kein Richter mit der Wucht der Verdachtsgründe auf ihn eindringt, ist mit zwei Uebelständen verknüpft: einerseits mit einer sehr ausgedehnten Nachforschung der Polizei und mit weitgehender Zulassung von Beweisen über Aussagen, welche diese oder selbst Private gehört haben und die manchmal für den Beschuldigten gefährlicher sind, als es ein anständig geleitetes Verhör wäre, — andererseits mit dem Mangel irgend einer amtlichen Vorsorge für die Entgegennahme oder gar Herbeiführung von Aeusserungen und Erklärungen des Beschuldigten, die Vermuthungen zu seinen Gunsten erregen könnten, namentlich wenn sie zu einer Zeit erfolgen, wo sie nicht durch die Ergebnisse des Verfahrens eingegeben erscheinen, da doch bei dem regelmässig entscheidenden Indicienbeweis stets das grösste Gewicht auf den Umstand gelegt wird, dass es auf Seite des Angeklagten an jeder Erklärung über verdächtigende Umstände fehle (unexplained appearences).

3. Die passive Haltung des Gerichts in der Hauptverhandlung, die Unterlassung jedes Versuchs, dem Angeklagten ein Geständniss abzuringen, fällt gegenüber den continentalen Uebertreibungen angenehm auf. Allein in dem erzwungenen Schweigen der am Strafprozess zumeist betheiligten Person liegt doch eine um so bedenklichere Eigenheit, weil gerade das englische Recht Fälle genug darbietet, aus denen sich die Anerkennung der Aussage des Angeklagten als eines nicht unbedingt nur gegen ihn wirksamen Beweismittels ergiebt; und in der That sucht man in neuester Zeit nach Mitteln, es dem Angeklagten zu ermöglichen, seine Aussage als Beweismittel darzubieten; freilich ist man dabei dem mittelalterlichen Reinigungseid sehr nahe gekommen[206].

---

[206] Die grösste Beachtung verdient in dieser Hinsicht die manchen neuen Gesichtspunkt erschliessende Auseinandersetzung von J. F. Stephen, General view ch. 6 III. Von einer nachdrücklichen Anpreisung des englischen Systems der Vorführung der Beweise (sog. Kreuzverhör) und seiner Vorzüge vor der französischen Einrichtung ausgehend, bezeichnet er den Mangel einer Veranstaltung für die Befragung des Angeklagten als auffällig und verhältnissmässig neueren Ursprunges, indem er nachweist, dass man es an directer Befragung des Angeklagten bis zum Beginn des 18. Jahrhunderts nicht fehlen liess und dass, so lange der Angeklagte keinen Vertheidiger hatte, also eigentlich bis 1836, er in der Lage und



§ 9. Kritik der Aussage des Beschuldigten.

I. Hebt man unter den verschiedenen Functionen, welche Aeusserungen und Erklärungen des Beschuldigten im Strafprozess üben können[207], diejenige hervor, wonach sie als Geständniss behandelt wird, d. i. als auf eigenem Erlebniss beruhende Aussage des Beschuldigten über einen ihm nachtheiligen Umstand, so zeigt sich sofort dessen nahe Verwandtschaft mit dem Zeugniss. Alles was über die Beschaffenheit der Zeugenaussage als Bedingung ihrer Glaubwürdigkeit und das Maass der letzteren oben (§ ·5) gesagt wurde, mit Ausnahme der Erörterungen über die geringere Glaubwürdigkeit der die eigene Schande des Zeugen beinhaltenden Aussage, gilt in gleichem Maasse vom Geständniss. Es muss sich als des Aussagenden eigene, unbeeinflusste, sichere, bestimmte, innerlich übereinstimmende, mit den allgemein feststehenden Wahrheiten und mit den sonstigen Ergebnissen des Prozesses in Einklang zu bringende Erzählung[208] von Vorfällen darstellen, die er aus eigenem Wissen[209] kennt und als auf diese

---

thatsächlich genöthigt war, Erklärungen über ihn belastende Beweise abzugeben. Er schildert nun in sehr anschaulicher Weise die Schattenseiten der englischen Einrichtung, ihre Nachtheile für unbeholfene, von einem Vertheidiger nicht unterstützte Angeklagte und sucht nach Wegen, wie eine Vernehmung (Befragung) des Angeklagten stattfinden und so geregelt werden könnte, dass man von den Missbräuchen des französischen Systems sich fern halte, das er so charakterisirt: „Richter und Staatsanwalt . . . bearbeiten den Angeklagten so lange, bis sie ihn gezwungen haben, seine Schuld zu gestehen oder sie von seiner Unschuld zu überzeugen. Das Verhör des Angeklagten ist nicht eines der verschiedenen der Jury vorgelegten Beweismittel, sondern die Hauptsache des ganzen Prozesses; alles andere Beweismaterial hat nur subsidiäre Natur . . . Es wäre aber zaghafte Verkennung unseres Nationalcharakters, auf die Vortheile der Befragung des Angeklagten zu verzichten aus Furcht, dieselbe könnte auch bei uns in einem den Geist des Volkes und des ganzen Verfahrens so widerstrebenden Sinn geführt werden“ . . . Stephen schlägt vor, dem Untersuchungsrichter das Recht der Befragung nach der jetzt schon zulässigen Aussage des Beschuldigten zu ertheilen, in der Hauptverhandlung denselben nach Vorführung des Belastungsbeweises durch die beiderseitigen Anwälte (mit Ergänzungsfragen der Richter und Geschworenen) vernehmen zu lassen.

[207] Glaser, Handbuch § 52: Beweisgegenstand, Indicium, Aussage zum eigenen Vortheil oder Nachtheil, Aussage in Bezug auf das Interesse Dritter berührende Gegenstände.

[208] Hierauf ist Gewicht zu legen, da dies das beweismachende Geständniss vom Zugeständniss trennt; einfache Bejahung der Frage, ob der Angeklagte diese bestimmte That begangen habe, oder gar, ob er sich dieses bestimmten Verbrechens schuldig bekenne (das den Wahrspruch ersetzende Schuldbekenntniss des englischen Rechtes), allgemeine, selbst ganz unprovocirte Angaben, „einen Mord“, „einen Diebstahl begangen“, „den X bestohlen, zu seinem Nachtheil Unterschlagungen begangen zu haben“ u. dgl. begründen keinen Beweis.

[209] Mit Recht wird daher in der gemeinrechtlichen Literatur betont, dass die Schlussfolgerungen, die der Angeklagte aus seinen Wahrnehmungen oder

Weise zu seiner Kenntniss gelangt darstellt. Dabei kommt es für jeden einzelnen Thatumstand darauf an, ob der Angeklagte ihn wahrnehmen und richtig auffassen konnte, oder ob eine Täuschung seinerseits möglich ist (z. B. ob seine Kugel traf, ob der Gefallene sofort todt, ob das gefälschte Papier eine Note von bestimmtem Betrag war). Ebenso wie beim Zeugniss ist daher auch die fachmännische Befähigung zur Wahrnehmung und Beurtheilung gewisser Thatsachen in Betracht zu ziehen, und so wie von dem Grundsatz, dass Thatsachen, die in dieser Hinsicht specielle Anforderungen an den Beobachtenden stellen, nur durch Sachverständige bewiesen werden können, eine (scheinbare) Ausnahme zu Gunsten der sachverständigen Zeugen gemacht wird, ebenso kann durch das Geständniss des sachkundigen Angeklagten festgestellt werden, was zu erweisen die Aussage eines Nichtsachkundigen nicht ausreichen würde[210]. — Damit

---

gar aus den Mittheilungen anderer gezogen hat, nicht an der Beweiskraft des Geständnisses Theil haben; wie beim Zeugen muss der Urtheiler auch hier bemüht sein, die thatsächlichen Angaben auf ihren Gehalt an unmittelbaren Wahrnehmungen zu prüfen, nur die letzteren als eingestanden betrachten, die daraus gezogenen Folgerungen dagegen sich nur aneignen, wenn sie seiner eigenen Prüfung Stand halten. Namentlich bei den Umständen, die sich auf die Verübung der That selbst beziehen, fehlt dem Verbrecher oft die ruhige Ueberlegung, die ihn sonst abhalten würde, Dinge für wahr zu halten, die sein erregtes Gemüth ihm glaubhaft macht, und es ist daher noch mehr als beim Zeugenbeweis die Pflicht des Richters, sich vor der Aneignung fremder Schlussfolgerungen zu hüten. Martin, Lehrbuch § 80 Anm 2 (frühere Ausg. § 74). Müller § 102 Anm 16. Henke, Handbuch IV S 475 (dazu Anm 9). Stübel, Thatbestand § 219. S. übrigens schon Clarus l. V § fin. qu. 45 Nr 11: Si reus confiteatur aliquem percussisse aut vulnerasse non debet (judex) eum interrogare, an ille ex tali percussione aut vulnere decesserit, neque ab eo extorqueri hujusmodi confessionem, nam ista est diabolica practica.

[210] Vgl. namentlich bad. StPO v. 1845 § 252: „insofern zum Thatbestand im einzelnen Falle nicht Merkmale gehören, deren richtige Wahrnehmung den Besitz von Kunstkenntnissen voraussetzt, welche dem Bekennenden mangeln“. Aehnlich württembergische StPO v. 1843 Art. 300 Z. 2 mit der richtigeren Formulirung: „dass es sich um Umstände handelt“. Der Hauptsache nach gleicher Ansicht in dieser sehr bestrittenen Frage sind Stübel, Thatbestand § 219. 325, Criminalverfahren § 737 b und 740; Henke, Darstellung S 178 IV, Handbuch IV 475; W. Müller § 102 Anm 16; Heffter § 621 Anm 5; Mittermaier, Strafverfahren II 359; Zachariä, Handbuch II 436 Anm 17. Anderer Ansicht eigentlich nur Martin § 80 (fr. Ausg. § 74) Anm 2, der das Gewicht einzig darauf legt, dass „Kunstkenner nur, wenn sie vereidet sind, völlig und obendrein nie in eigener Sache beweisen“. Wenn er selbst sich mit Mittermaier und Müller identificirt und darin andere ihm folgen, so beruht das darauf, dass nicht, wie im Text geschieht, das sachverständige Zeugniss, sondern die Aussage der Sachverständigen als das Vergleichungsobject gewählt wird; es ist kein Grund vorhanden, das Gutachten der Sachverständigen, wo ein solches an sich

erledigt sich zum grössten Theil eine Frage, der man gerade beim Geständniss stets besondere Beachtung zuwendete und theilweise noch zuwendet: die Frage nach der Beweiskraft des Geständnisses bezüglich des objectiven Thatbestandes[211]. Es verhält sich indess damit

---

nöthig ist, durch die Aussage des Beschuldigten zu ersetzen und sich unnöthigerweise bei diesem immer bedenklichen Mittel zu beruhigen. Das charakteristische Merkmal, das das sachverständige Zeugniss von der Aussage des Sachverständigen trennt, soweit es sich um den Befund handelt, besteht aber eben darin, dass dieses auf eigens angestellter Untersuchung, jenes auf zufälliger Wahrnehmung beruht (vgl. Glaser, Handbuch § 56 V Nr 3). Diesen Unterschied betonen nun einzelne der angeführten Schriftsteller, ohne ihn zu concentrischem Ausdruck zu bringen; so Mittermaier, wenn er sagt: „Selbst wenn der Angeschuldigte die nöthigen Kenntnisse besass, kommt es darauf an, ob auch in dem einzelnen Falle anzunehmen ist, dass er jene Kenntnisse anwenden konnte oder angewendet hat; z. B. jemand kann Chemiker sein, und dennoch, wenn er Gift kaufte, darüber im Irrthum sein, ob das gekaufte Gift war" — und Müller, der hieran anknüpfend sagt: „Der wesentliche Punkt, welcher hier von den Gegnern übersehen zu sein scheint, ist der, dass die ruhige vollständige Beobachtung, welche der eigentliche, unparteiische Sachverständige auf Veranlassung des Gerichtes anstellt, um alsdann daraufhin erst ein Gutachten abzugeben, bei dem Angeschuldigten nicht überall zu unterstellen ist. Anders ist es z. B., wenn ein Doctor der Chirurgie, der einen anderen in der Aufwallung des Zorns erstochen zu haben angeklagt ist, vor dem Criminalgerichte erklärt, die fragliche Person so gestochen zu haben, dass der Tod nothwendige Folge der Verwundung hätte sein müssen; und wieder anders, wenn ein des Giftmordes angeklagter approbirter Apotheker gesteht, dass der Stoff, welchen er heimlich dem Gemordeten mitgetheilt habe, Arsenik gewesen sei. In beiden Geständnissen ist ein Urtheil enthalten. Wer wollte aber dem ersten die Beweiskraft des letzteren zuschreiben"?

[211] Vgl. das oben S 80 ff. gesagte. Sehr häufig wird hier das Bedürfniss nach Bekräftigung des Geständnisses durch Umstände, die von demselben unabhängig sind, verwechselt mit der Forderung, dass dies gerade der objective Thatbestand sei. Schon Clarus qu. 55 Nr 10. 11 stellte nur den Satz auf: Ubi aliter non apparet de crimine, quam per confessionem rei, non debet reus ex sola confessione sua condemnari. Dann unterscheidet er: ein Verbrechen, quod solo animo perfici potest, ut est haeresis vel similia — hier soll das Geständniss allein genügen; und ein Verbrechen, quod etiam facto committatur, wobei dann die weitere Unterscheidung in delicta facti permanentis et transeuntis folgt. In Wahrheit fordert er auch in diesen beiden Fällen nur, dass auf eine weitere Nachforschung möglich machende Specialisirung gedrungen und diese Nachforschung, wo sie nach der Natur des Falles möglich, nicht unterlassen werde. Bene verum est, quod si confessio esset de aliquo homine certo et haberentur informationes, quod non reperiretur, et reus fateretur illum interfecisse et apparerent aliqua vestigia licet non reperiretur cadaver, forte posset ex ipsa confessione condemnari. — Man vergleiche mit diesem Ausgangspunkt, was gegen Ende der Geltung des gemeinrechtlichen Inquisitionsprozesses Henke, Handbuch IV 477 sagt: „Es lässt sich keineswegs die, vorzüglich in Beziehung auf den Thatbestand der Verbrechen aufgestellte Behauptung rechtfertigen, dass alle eingestandenen Thatumstände auch

beim Geständniss nicht anders als beim Zeugniss. Dieses kann den Sachverständigenbeweis nicht entbehrlich machen und entbindet nicht

---

noch durch andere Beweismittel ausser Zweifel gesetzt werden müssten . . . Es ist daher ein Geständniss schon dann für ein vollkommen glaubwürdiges zu halten, wenn auch nur einige der darin angegebenen Hauptumstände mittels anderer Beweismittel in Gewissheit gesetzt worden sind, und in Ansehung der übrigen die Aussagen des Bekennenden mit anderen bereits erwiesenen und auf die Beurtheilung des Verbrechens Einfluss habenden Umständen nicht in einem unauflöslichen Widerspruche stehen". Zwischen diesen beiden Endpunkten liegen allerdings zahlreiche sehr bestimmte Aussprüche juristischer Autoritäten, zum Theil solcher, denen sonst ungewöhnliche Milde nicht beigemessen werden kann, in einem scheinbar weiter gehenden Sinn. Allein abgesehen davon, dass grosse Zurückhaltung unter Verhältnissen wohl erklärlich ist, wo eben jedes Bekenntniss zu erlangen war, zeigt sich sehr bald, dass es sich höchstens um die Ausschliessung der ordentlichen Strafe bei sehr schweren Verbrechen handelt. So wiederholt z. B. Carpzow an zwei Stellen, beim Parricidium und beim Diebstahl, fast gleichlautend (qu. 16 Nr 1 sq., qu. 81 Nr 1 sq.): Non sufficit confessio delinquentis, sed . . . judex . . . certus esse debet de delicto, ut uno fere ore tradunt Doctores et est communis haec sententia. Non enim in potestate alicujus est, sua confessione, facere delictum, ubi delictum non est . . . Et qui vult probare qualitatem, debet prius probare substantiam, in qua illa qualitas fundatur. Dann aber nimmt er doch unter ausdrücklicher Berufung auf Clarus dessen Unterscheidung in delicta facti permanentis et transeuntis an. Allein sofort muss die Folter, die ja selbst nur zulässig sein soll, wenn der Thatbestand feststeht, ausnahmsweise aushelfen, um von dem die That bekennenden den Ort, wo die Leiche sich befindet, zu erfahren. Dann soll der Anblick der Leiche genügen, wenn auch keine Spur der Gewalt zu bemerken ist, und zwar nur beim Parricidium (im Gegensatz zu sonstigen Fällen der Tödtung, jedoch mit Einschluss des Kindesmordes, bei welchem überdies einzelne Körpertheile, die an dem Ort sich finden, den die Angeklagte angab, genügen). Gesteht der Beschuldigte selbst, die That unter Umständen begangen zu haben, wo keine Spuren zurückbleiben konnten (ins Meer schleudern u. s. w.), so wird allerdings zunächst als herrschende Meinung erklärt, dass die ordentliche Strafe nicht eintrete, aber sofort wird auch (qu. 16 Nr 17 sq.) ausführlich die Doctrin entwickelt, dass ein gründlicher Indicienbeweis (cum evidentia facti sive delicti perpetrati ex conjecturis fere infallibilibus et indiciis urgentissimis quandoque appareat) über den Thatbestand in Verbindung mit dem Geständniss die Verhängung der ordentlichen Strafe rechtfertige. — Bestimmter fordern spätere Schriftsteller, z. B. Quistorp § 681, Meister § 408 (älteste Ausg. 1789), neben dem Geständniss den Beweis des corpus delicti, namentlich letzterer: de corpore delicti praeter confessionem constare debet per legitimas et indoli cujusque delicti consentaneas probationes. — Allein diese grösstentheils willkürlichen und inconsequenten Unterscheidungen lösen sich seit dem Beginn dieses Jahrhunderts wenigstens in der Literatur (Tittmann, Geständniss §§ 12. 13. Kleinschrod a. a. O. § 13. Stübel, Thatbestand §§ 314—355. Derselbe, Criminalverfahren § 746—755. Bauer, Strafprozess § 119. Zachariä, Grundlinien S 205. 206. Mittermaier, Strafverfahren I 542 II 355 ff., s. auch noch Grolman, Biblioth. für peinl. Rechtsw. I Heft 3 S 235 ff. Economu § 9 p 24 ss.) mehr und mehr in den Satz auf, dass das Geständniss

von der Verpflichtung, diejenige objective Erprobung der Umstände des Falles, welche unabhängig von dem Glauben an das Zeugniss

---

für sich allein nichts beweist, wo, wenn es auf Wahrheit beruhte, eine objective Bestätigung sich finden müsste, und dass es wenigstens sehr vorsichtig zu prüfen sei (namentlich auf seine Motive), wenn diese Bestätigung unter Umständen fehlt, wo sie allerdings nicht zu erlangen ist, — dass aber in dieser Hinsicht zwischen objectivem Thatbestand und Thäterschaft nicht eben zu unterscheiden ist. In der Gesetzgebung hat die alte Unterscheidung länger nachgewirkt. S. namentlich die Anführungen bei Mittermaier, Strafverfahren II 357 Anm 9, insbesondere aber das österr. StG v. 1803 I § 400, das „einige Umstände, wodurch das geschehene Verbrechen bestätigt wird", fordert (vgl. Kitka, Beweislehre S 71 ff.); daneben die Bestimmung des § 430 das., an welcher auch die österr. StPO v. 1853 § 284 festhielt, dass eine Verurtheilung zur Todesstrafe nicht stattfinden dürfe, wenn neben dem Geständniss nicht noch der „Thatbestand vollkommen nach allen erheblichen Umständen rechtlich bewiesen ist", während es nach der StPO v. 1853 sonst genügt, dass das Geständniss mit den über die Umstände der strafbaren Handlung eingeholten Erfahrungen im wesentlichen übereinstimmt (§ 264 d). Dagegen macht sich schon in §§ 370. 371. 376 der preuss. CrGO u. Art. 268. 260 des bayer. StG v. 1813 und noch mehr in § 300 der württemb. StPO v. 1843 und § 252 der badischen StPO v. 1845 die ältere Tradition nur negativ bemerkbar. Namentlich das bayerische Gesetz erklärte zwar einerseits: „der Thatbestand wird nicht durch Geständniss . . zur Gewissheit gebracht", andererseits aber, letzteres genüge, vorausgesetzt, dass aus besonderen Umständen deutlich erhellet, warum der Thatbestand durch andere Beweismittel nicht erhoben werden kann, und „das Bekenntniss entweder mit einem anderen unvollständigen Beweise des Thatbestandes oder mit besonders erhobenen . . . Umständen dergestalt übereinstimmt, dass an der Existenz der That überhaupt nicht gezweifelt werden kann". — Uebrigens kämpft sich auch im englischen Recht die naturgemässe Anschauung, dass das Geständniss eben nur irgendwie bestätigt sein soll (some corroborating circumstance) nur allmählich durch; vgl. z. B. Best § 553 mit Wills ch. 3 sect. 6 p 69, Taylor § 794, Greenleaf I § 217. Um die Uebersicht zu vervollständigen, sei endlich noch folgendes über den Gang der französischen Praxis angeführt. Hier scheint nicht sowohl die Nothwendigkeit besonderer Erhebung des objectiven Thatbestandes, als vielmehr die der Bestätigung des Bekenntnisses durch von ihm unabhängige Umstände als Regel aufgestellt worden zu sein. D'Aguesseau sagt: „La seule confession du coupable ne suffit pas pour mettre la justice en état de le condamner, suivant cet ancien axiome de la jurisprudence: Non auditur perire volens. L'aveu de l'accusé est sans doute un grand commencement de preuve; mais il faut nécessairement que, pour achever sa conviction, on y joigne des preuves qui ne dépendent pas de sa seule reconnaissance, sans quoi il ne peut être regardé comme suffisament convaincu, ni par conséquent justement condamné". Diese Theorie äusserte ihre Nachwirkungen hie und da noch seit der Einführung des neuen Strafverfahrens, und namentlich die Begründung der Thatentscheidung in den correctionellen Fällen bot Anlass dazu, sie einerseits als Grund der Freisprechung geltend zu machen, andererseits die Anfechtung der Verurtheilung auf die behauptete Verletzung eines Rechtsgrundsatzes zu stützen. Der pariser CH hat jedoch diese Theorie stets zurückgewiesen und namentlich am 23. Sept. 1837 bemerkt: Die Ver-

stattfinden kann, vorzunehmen, den Mangel einer solchen als ein wichtiges Element der Beweiswürdigung sich vor Augen zu halten und dem Zeugniss widersprechende objective Wahrnehmungen als dessen Beweiskraft aufhebende oder doch im besten Fall wesentlich beeinträchtigende Umstände zu berücksichtigen, was übrigens alles bezüglich des objectiven Thatbestandes zwar häufiger sich darbietet, aber ebensowohl bezüglich des Beweises der Thäterschaft eintreten kann. Ganz das gleiche gilt vom Geständniss. Und so wie beim Zeugniss erhöhte Beachtung dieser Momente nothwendig wird, wenn das Urtheil sich auf eine einzelne Aussage oder auf aus subjectiven Gründen verdächtige Aussagen stützen soll, ebenso gilt dies, wenn das Geständniss das einzige vorhandene Beweismittel ist und wenn Motive zu vermuthen sind, welche die Wahrhaftigkeit des Aussagenden beeinträchtigen.

Der Unterschied vom Zeugniss tritt schon in der Nothwendigkeit hervor, bei Entgegennahme und Prüfung der Erklärungen des Angeklagten seine Behauptungen und Zugeständnisse von seinen Aussagen streng zu sondern, eine Aufgabe, die ganz besondere Achtsamkeit erfordert; ist es schon beim Zeugen oft schwer, den Punkt nicht zu übersehen, wo er von der Darstellung der eigenen Erlebnisse und Wahrnehmungen zur Wiedergabe dessen, was er vermuthet, glaubt, gehört hat u. s. w. übergeht, so gilt dies in noch höherem Grade für Aeusserungen des Angeklagten, da dieser das Recht hat, sich nicht auf Aussagen zu beschränken, sondern Parteibehauptungen vorzubringen, und da es leicht geschehen kann, dass als Geständniss aufgefasst wird, was nur als Zugeständniss oder als Behauptung vorgebracht wurde.

II. Von dem Inhalt der Aussage, wie sie vorliegt, wendet sich die Aufmerksamkeit zunächst auf ihre Aechtheit. Hat der Angeklagte wirklich das gesagt und mit dem, was er sagte, das gemeint, was als Inhalt der Aussage sich darstellt? Hier kommen nun die Unterscheidungen, welche sich auf die Art der Aussage beziehen (Handbuch § 52 I Nr 4), zur vollsten Geltung. Die höchste Sicherheit gewährt das unmittelbar vor den Urtheilern abgelegte Geständniss;

---

letzung eine Maxime der Jurisprudenz würde einen Nichtigkeitsgrund nur dann abgeben, wenn dieselbe vom Gesetze angenommen wäre (autant que cette maxime serait révêtue du caractère législatif); allein kein Gesetz verbietet den Zuchtpolizeigerichten, unter die Elemente, auf die sich ihre Ueberzeugung stützt, das Bekenntniss aufzunehmen, keines zeichnet ihnen hiefür andere Regeln vor als den Geschworenen". Bonnier Nr 365, vol. I p 470—472. Hélie, Instruction § 377 V, vol. V p 730 ss.; 2. éd. Nr 1937. Rolland Art. 154 Nr 489—497.



der Wortlaut desselben, die begleitenden Mienen und Geberden, die Art, wie es vorgebracht und erlangt wird, insbesondere ob in freiem, zusammenhängendem Vortrag, in bereitwilliger Beantwortung von Fragen, oder als das abgerungene Ergebniss eines Kampfes mit dem Fragenden, alles dies bietet sich hier der Beurtheilung unmittelbar dar. An Werth zunächst steht die Aufzeichnung über eine frühere gerichtliche Vernehmung, wenn sie mit aller Sorgfalt und mit Beobachtung aller Förmlichkeiten, die das Gesetz und die Natur der Sache an die Hand geben, vorgenommen wurde. Eine Stufe tiefer stehen Aufzeichnungen richterlicher Behörden, welche sich nicht als Ergebniss einer strafgerichtlichen Vernehmung eines Beschuldigten darstellen (wie z. B. Aussagen in Civilprozessen, Zeugenaussagen in anderen Strafprozessen, wobei zwar eine sorgfältige Aufzeichnung stattfindet, die Aufmerksamkeit aber oft nicht auf dasjenige gerichtet ist, was bei Entgegennahme derselben Aussage in einem Strafprozess aus dem Mund des Beschuldigten über den Gegenstand dieses Strafprozesses beachtet werden muss), ferner Vernehmungen durch nicht richterliche Behörden, endlich Privataufzeichnungen, welche unmittelbar bei oder bald nach einer privaten Mittheilung des Angeklagten gemacht sind. In all diesen Fällen muss den gesetzlichen Formen und Bedingungen, unter welchen die Verlesung der Aussage gestattet ist, entsprochen sein, und in den zuletzt erwähnten Fällen wird die Verlesung jedenfalls durch die mündliche Vernehmung des Aufzeichnenden ergänzt, wenn nicht ersetzt werden müssen. Auf der tiefsten Stufe der Beweiskraft stehen endlich mündliche Aussagen über Reden und Erzählungen des Angeklagten, über welche keine gleichzeitige Aufzeichnung gemacht wurde. Denn hier tritt zu der Gefahr des Missverständnisses der Reden des Angeklagten, der Missdeutung, der unvollständigen oder sonst ungenauen Wiedergabe derselben, die durch Unachtsamkeit oder bösen Willen in all den vorerwähnten Fällen herbeigeführt werden kann, noch die weitere Gefahr, dass das rasch sich verflüchtigende gesprochene Wort vom Gedächtniss nicht treu bewahrt wurde und daher die Wiedergabe noch ungenauer ausfällt. Diese letztere Gefahr findet allerdings nicht selten ein Gegengewicht darin, dass während ein Schriftstück sehr schwer zu widerlegen ist, bei mündlichen Aussagen namentlich mehrerer Zeugen desselben Vorfalles eine wirksame Erprobung durch Zwischenfragen und durch Vergleichung der verschiedenen Aussagen möglich ist.

III. Darf endlich angenommen werden, dass die Aussage oder Erzählung genau so dem Urtheiler vorliegt, wie sie der Angeklagte

vorgebracht hat, dann tritt erst dessen Persönlichkeit und das Motiv, das ihn bestimmte, in den Vordergrund. Man legt dem Geständniss mit Recht einen sehr hohen Beweiswerth bei, weil die Motive, die den Menschen gewöhnlich zu unwahren Aussagen zu bestimmen pflegen, Motive der Selbstsucht, des Selbstschutzes und der Wahrung des eigenen Nutzens, unmöglich hier maassgebend sein konnten, da es sich um Aussagen handelt, die dem Angeklagten nachtheilig sind. Der Angeklagte, der das grösste Interesse hätte, diese Umstände zu verschweigen, würde sie nicht angeben, wären sie nicht wahr, wäre es nicht die Reue, das Schuldbewusstsein, die Macht der Wahrheit, was ihn zur Aussage drängt. Dies ist der Gedanke, welcher zur Annahme der Beweiskraft des Geständnisses führt. Und gewiss ist es an sich ein richtiger Gedanke und gehen diejenigen zu weit, die gerade aus der Schädlichkeit der Aussage, aus der Unnatürlichkeit, die darin liegt, dass der Mensch thut, was ihm schaden muss, das Motiv ableiten, dem Geständniss als solchem jede Beweiskraft abzusprechen. Ea natura est omnis confessionis, ut possit videri demens, qui de se confitetur, sagt Quintilian[212]. — Ohne bei solchen

---

[212] So wie Quintilian hier nicht ernst zu nehmen ist, so muss man sich auch nicht an Filangieris oft angeführtes Wort allein halten: Per qualunque aspetto che si vuole considerare la confessione del reo, si troverà sempre, che le leggi o non dovrebbero cercarla, o non dare verun grado di valore a questa specie di prova. Frustra enim est (dice Obbes de cive I c. 2 § 19) testimonium quod a natura corrumpi praesumitur. Vorsichtiger aber beschränkt Filangieri III part. 2 c. 15 can. 4 die Verwerfung des Geständnisses, wo es zur Formulirung positiver Sätze kommt: „Das directe Zeugniss des Angeklagten wider sich selbst hat keine juristische Geltung. Er darf nur sprechen, um sich zu vertheidigen. Was er gegen sich sagt, hat keine Kraft". So sagt er erst auch dort. Aber sofort fügt er in einer Anmerkung hinzu: damit spreche er nur vom rechtlichen Beweise (criterio legale); „denn wenn der Angeklagte, indem er sich vertheidigt, durch Geständniss oder auf andere Weise sein Verbrechen enthüllt (manifesta), so kann diese Enthüllung, welche nie ein gesetzliches Beweismittel sein kann, allerdings die keiner gesetzlichen Regelung unterworfene richterliche Ueberzeugung (moral certezza) bestimmen". Nach dem System Filangieris, dem der negativen Beweistheorie, will dies sagen: damit der Richter verurtheilen könne, muss gesetzlicher Beweis vorhanden sein, der durch das Geständniss nicht hergestellt werden kann; allein wenn die sonstigen Beweismittel zwar den gesetzlichen Regeln entsprechen, aber den Richter nicht überzeugen, kann dieser seine Ueberzeugung aus dem dem Angeklagten entschlüpften, ausdrücklichen oder stillschweigenden Geständniss schöpfen: die Verurtheilung ist dann das Resultat von Beweisen, die dem Gesetz genügen, aber nicht überzeugen, und von einer Ueberzeugung, die nicht auf gesetzlichen Beweisen, sondern auf einem Geständniss beruht, das keinen Beweis macht! Nüchterner bespricht die Bedenken, welche dem Geständniss als Beweismittel entgegenstehen, oder vielmehr die das rückhaltlose Vertrauen beschränken, den es auf den ersten Blick einflösst, Blackstone,

Paradoxen sich aufzuhalten, muss man aber bald einsehen, dass die Fälle, in welchen lediglich die Reue, die Ueberzeugung, Strafe verdient zu haben, die Anerkennung der sittlichen Pflicht, sich ihr zu unterwerfen, das Motiv der Aussage ist, zu den allerseltensten gehören. Es bedarf in der Regel noch anderer, nicht so idealer Einwirkungen, um den Schuldigen zum Geständniss seiner Schuld zu bringen. In weitaus den meisten Fällen ist es das Vorhandensein so überzeugender Beweise, dass das Leugnen vergeblich wäre, verbunden mit Gründen, die es ihm rathsam erscheinen lassen, weder zu schweigen, noch Lügen zu sagen, die als solche erkannt werden müssen. Motive solcher Art können vorzugsweise in der Erwartung liegen, dass das Geständniss, als ein Akt der mehr oder weniger aufrichtigen Unterwerfung, die Schwere der Strafe mildern werde [213], einer Erwartung, die allerdings

---

wenn er sagt: „Geständnisse sind die schwächsten und bedenklichsten Zeugnisse; sie können sehr leicht durch Kunstgriffe . . . . erlangt sein, werden selten genau in der Erinnerung festgehalten oder mit der erforderlichen Präcision wiedergegeben und sind sehr schwer durch verneinenden Beweis zu widerlegen", wobei Blackstone allerdings vorzugsweise aussergerichtliche Geständnisse meint. Vgl. noch Schauberg S 31 ff.

[213] Dass dies wirklich geschehe, liegt im Wesen einer richtigen Strafzumessung. Vgl. über das Geständniss als Milderungsgrund Hitzigs Z II 332 VIII 356—359 und die daselbst angeführte preuss. CO v. 1833, welche bestimmt, dass im Falle eines offenen Geständnisses nur auf den geringsten Grad der gesetzlichen Strafe erkannt werden soll. Zur Zeit, als die Gesetze noch Strafzumessungsgründe ausdrücklich, wenn auch nur beispielsweise, anzuführen pflegten, ist dies gewöhnlich anerkannt worden. Das österr. StG v. 1803 erklärte I § 59 = § 46 StG v. 1852 litt. b es als Milderungs- (d. i. nach seiner Terminologie Strafminderungs-)Grund: „wenn der Thäter, da er leicht . . . unentdeckt hätte bleiben können, sich selbst angegeben und das Verbrechen bekannt". Vgl. Jenull I 264—268. Noch weiter geht Art. 94 des bayer. StG v. 1813, wo unter 4 und 5 als Strafminderungsgründe erwähnt sind: „wenn er sich selbst dem Gerichte angegeben; wenn er in seinem ersten oder zweiten Verhöre sein Verbrechen umständlich und wahr bekannt hat", Bestimmungen, welche auch in die nächstfolgenden bayerischen Entwürfe aufgenommen wurden; der unter 5 angeführte erscheint z. B. im Entw v. 1831 in der Fassung: „wenn er, ohne noch überführt zu sein, seine That umständlich und wahr bekannt hat". Art. 165 des II. Theiles des bayer. StG v. 1813 schrieb vor, dem Beschuldigten zu eröffnen, dass er durch verstocktes Leugnen sich um diejenigen rechtlichen Vortheile bringe, welche die Gesetze mit einem aufrichtigen Geständnisse verbinden. Das sonst an das bayerische StG sich eng anschliessende oldenburgische StG fügte in dem dem Art. 92 des bayerischen StG entsprechenden Art. 99 folgenden Erschwerungsgrund hinzu: „je mehr derselbe . . . durch hartnäckiges Leugnen die Untersuchung zu erschweren sucht". Das ältere weimarer StG (Satz 119) nahm die Bestimmung des bayerischen Art. 94 Nr 4 u. 5 wörtlich auf; das hannoverische StG (Art. 110) that dies bezüglich Nr 4 und fügte hinzu: „5. wenn er im Anfange der Untersuchung und ohne noch überführt zu sein, sein Verbrechen umständlich

nicht durch Kunstgriffe hervorgerufen werden, ja überhaupt nicht in den Vordergrund gestellt werden kann, ohne dass dem Geständniss

---

und wahr bekannt hat". Das auf das sächs. StG v. 1838 basirte thüringische StG Art. 48 bestimmte, dass es einem Verbrecher „zur Strafminderung gereichen soll, . . . wenn er sich selbst bei Gericht als den Schuldigen angiebt oder zu Anfang der Untersuchung und ohne noch überführt zu sein, seine Schuld bekannt hat". Ebenso braunschw. StG § 66 Nr 6 litt. f; württemberg. Art. 110 Nr 4 u. 5; grossh. hessisches Art. 121 Nr 8; badisches StG v. 1845 § 152 Nr 6. Insbesondere sei noch des preuss. Entw v. 1843 Erwähnung gethan, welcher im § 107 unter 13 für die Strafzumessung maassgebenden Umständen als letzten auch angeführt hatte: „je nachdem der Verbrecher das Verbrechen in der Untersuchung geleugnet oder dasselbe eingestanden hat; insbesondere ist zu berücksichtigen, wenn das Geständniss vor der Ueberführung freiwillig abgelegt ist". Dazu bemerkt Temme, Kritik des Entwurfes eines Strafgesetzes für die preussischen Staaten. Berlin 1843. I 187. 188: „Dies ist ein Zumessungsgrund, der ausserhalb der That liegt, der daher positiv aufgestellt werden muss, wenn das Gesetz ihn anerkennen will. Und dass es ihn wenigstens theilweise anerkennt, ist zweckmässig. Wer freiwillig sein Verbrechen bekennt, hat den ersten Schritt der Versöhnung mit sich, mit dem gebrochenen Rechte, mit dem Himmel gethan. Einem solchen Schritte muss der Gesetzgeber entgegenkommen. Eine mildere Zumessung der Strafe erscheint daher unbedenklich durch ihn begründet. Aber darum darf das Gegentheil nicht als Strafzumessungsgrund mit schärfender Wirkung aufgestellt werden. So richtig es ist, das freiwillige Geständniss als einen Beweis der Reue zu belohnen, so ungerecht erscheint es, das Leugnen für sich zu bestrafen. Ob der Verbrecher bekennen will, das muss man seinem Gewissen überlassen. Wenn man ihn durch Strafen dazu zwingen will, so greift man auf durchaus unzulässige Weise in die persönliche Freiheit des Menschen ein". Abegg, Kritische Betrachtungen über den Entwurf u. s. w. Neustadt a. d. O. 1844. I 236. 237 erhebt aber in der Sache Einspruch, indem er, auf seine historisch-praktischen Erörterungen S 205 ff. verweisend, von diesem Umstande sagt: „Er hat mit der gerechten Zumessung nichts zu thun und wird, wenn er gelten soll, ohne positive Vorschrift nicht in Betracht kommen dürfen. Aber ob eine solche rathsam sei, muss bezweifelt werden. Die nach ihrem Werthe zu beurtheilende Handlung verliert nichts an ihrer Strafbarkeit, weil sie bald eingestanden ist, sie wird an sich nicht strafbarer, weil sie geleugnet ist. Die Politik mag es rathen, das freiwillige Geständniss zu begünstigen, zu belohnen — das ist Gnade, nicht Recht —, aber nicht in allen Fällen ist hierauf Gewicht zu legen. Ja' es könnte dies nicht selten sehr gefährlich sein. . . . . . . Wohl muss die sittliche Bedeutung des freiwilligen Bekenntnisses erkannt werden . . . . . Aber einen Milderungsgrund giebt es an sich nicht ab". Die eben angeführte Bemerkung Abeggs führt auf die auch von Temme a. a. O. I 194 erörterte Frage, ob Reue als Strafminderungsgrund gelten könne. Namentlich Temme stellt dies entschieden in Abrede; allein wie seine eigenen Worte und die Anführung von Wächter, Abegg und Marezoll beweisen, auf welche er die Behauptung stützt, die neuere gemeinrechtliche Literatur sei hierüber längst einig, so verwechselt er hier Strafminderung und Strafmilderung; s. namentlich Wächter, Lehrbuch des römisch-deutschen Strafrechts § 116 Anm 75 Nr 1 am Schluss. — Die wirklich aus tiefstem Inneren kommende und in einem rückhaltlosen

der Verdacht entgegentritt, es sei durch die Furcht abgerungen, die bei dem vorhandenen Verdachte nicht mehr zu vermeidende Verurtheilung könne sonst schwerere Folgen nach sich ziehen.

Allein es darf nie übersehen werden, dass das scheinbar so wichtige Motiv, das den Unschuldigen abhalten müsste, sich selbst schuldig zu bekennen, durch andere überwogen werden kann, die sich im einzelnen Falle noch wichtiger erweisen. Vor allem kann das Uebel, das in der Verurtheilung und Bestrafung liegt, mit mehr oder weniger Recht dem Angeklagten als das kleinere erscheinen[214]. Die Meinung, dass die Verurtheilung nicht mehr abzuwenden sei, die Strafe aber durch Leugnen erhöht werden könnte, ist soeben erwähnt

---

Geständniss sich äussernde Reue kann bei einer Strafzumessung nicht unberücksichtigt bleiben, welche nicht blos die Schuld, sondern auch die Individualität des Schuldigen, die Quelle der verbrecherischen Gesinnung und That berücksichtigt; aber selbst die rein äusserliche Unterwerfung, die darin liegt, vollzieht ja schon einen Theil der der Strafe gestellten Aufgabe. S. z. B. Wahlberg, Das Princip der Individualisirung in der Strafrechtspflege. Wien 1869. S 138: „Die wider die Macht des Rechts angemaasste Herrschaft des Verletzers des Strafgesetzes erscheint durch dessen Unterwerfung unter die nach dem Gesetze verdiente Minderung seines persönlichen Daseins in Form eines Zwangsübels aufgehoben“. Es ist daher Unrecht, dem Geständniss jeden mildernden Einfluss auf die Strafzumessung abzusprechen, und man nöthigt den Richter zum Unrecht oder zur Unwahrheit, wenn man ihn anweist, dem Angeklagten gegenüber sich in diesem Sinne auszusprechen, wie in England geschieht. (Dass trotzdem auch dort die Rücksicht auf in Folge des Geständnisses zu erwartende mildere Behandlung die Quelle falscher Selbstanschuldigungen werden kann, beweisen die bei Greenleaf I § 214 und bei Best § 563 angeführten Beispiele.) Auf der anderen Seite aber würde allerdings die entgegengesetzte Erklärung leicht dem Versprechen einer Belohnung für das Geständniss, ja selbst einer Bedrohung für den Fall der Verweigerung gleichkommen können. (Vgl. z. B. Heffter, welcher einerseits Lehrbuch § 621 Anm 1 erklärt, man werde in Deutschland die Richtung auf „das Zugeständniss des Verbrechens als das Ziel des Verfahrens, gleichsam als das erste Element wahrer Busse“, nicht aufgeben, andrerseits aber daselbst § 623 Anm 1 selbst die „Hinweisung auf die in einzelnen Fällen gesetzlich eintretende Straflosigkeit und Strafmilderung“ als unzulässige „Verleitungen des Beschuldigten zu nachtheiligen Erklärungen“ bezeichnet.) So ringen hier in der That prozessuale und materiell-rechtliche Gesichtspunkte um den Vorrang: das Geständniss wäre allerdings beweiskräftiger, wenn ihm jeder Einfluss auf die Strafe abgesprochen werden könnte; dies kann aber nicht geschehen, ohne dass das materielle Recht geschädigt, der Zweck dem Mittel geopfert wird.

[214] Siehe namentlich die Uebersicht solcher möglichen Motive falscher Selbstanschuldigungen bei Bentham, Buch V Kap. 4 S 188 ff. und Kap. 9 S 194 f., Best §§ 563 ss. und Greenleaf I § 214. Vgl. auch Kitka S 120—126 (hier ist hauptsächlich von Selbstanklagen die Rede, die sich zum Geständniss verhalten, wie die Denuntiation zum Zeugniss; sie beruhen nicht auf dem gewöhnlichen Motiv und sind an sich schon verdächtiger).

worden. Best weist auf Fälle hin, wo der Angeklagte sich nur vertheidigen könnte, indem er einflussreiche und mächtige Personen oder Verbindungen blosstellt, und es daher vorzieht, sich dem ihm drohenden Strafübel zu unterwerfen; er erwähnt andere, wo als die Quelle falscher Bekenntnisse erscheinen: Lebensüberdruss — der Wunsch, Nachforschungen zu verhindern, welche andere, bedenklichere Gegenstände an den Tag bringen könnten (man muss hinzufügen: der Wunsch, solche Untersuchungen durch die Fiction eines Verbrechens und den darauf gebauten Alibibeweis zu vereiteln), — Liebesverhältnisse, deren Förderung mehr Werth beigelegt wird als der Vermeidung der Strafe — andere Nebenzwecke[215] (z. B. Befreiung vom Militärdienst, Heimsendung aus der Ferne, um zu Hause vor Gericht gestellt zu werden, Vermeidung einer drohenden Auslieferung, Vertauschung der Strafhaft mit Untersuchungshaft, Ortsveränderung eines Sträflings, um Gelegenheit zur Flucht zu finden u. dgl.) — der Wunsch, anderen zu nützen, den wirklich schuldigen aus Hingebung oder gegen eine etwa den Angehörigen zu statten kommende Belohnung[216] der

---

[215] Ein Beispiel solcher Art ist der von Ulpian l 1 § 27 D de quaest. 48. 18 erzählte Fall, wo ein Sklave sich des Mordes fälschlich beschuldigte, um nicht wieder in die Gewalt seines Herrn zu fallen, und an den er die Warnung knüpft: Si quis ultro de maleficio fateatur, non semper ei fides habenda est, nonnunquam enim aut metu aut qua alia de causa in se confitentur.

[216] Bei minder schweren Delicten ist der Fall nicht so ganz selten, dass jemand die Freiheitsstrafe für einen andern gegen Belohnung abzubüssen bereit ist; in der österreichischen Praxis knüpft sich daran sogar eine öfter erneuerte Controverse über die Strafbarkeit solcher Substitutionen. Diese werden verhältnissmässig leicht entdeckt, schwerer natürlich ist es, falschen Bekenntnissen auf die Spur zu kommen, die schon die Verurtheilung ablenken; mir sind Fälle dieser Art namentlich auch da vorgekommen, wo festgeschlossene Verbrecherorganisationen einen Genossen von minder bemakeltem Vorleben nöthigen, die Schuld auf sich zu nehmen, weil er eine geringere Strafe zu erwarten habe, als der vielfach rückfällige eigentliche Thäter. Man braucht daher kaum erst an Vorfälle, wie sie Best § 570 erzählt, zu denken; er erwähnt unter anderem (auf Causes celèbres étrangères. Paris 1827. I 200 sich berufend) einen Fall, der sich in Nürnberg 1787 zugetragen haben soll, wo zwei arme Frauen eines todeswürdigen Verbrechens sich schuldig bekannten, um den Kindern der einen von ihnen gewisse Unterstützungen zu sichern. Aus Chitty, Criminal law wird ein Fall angeführt, wo ein Mann sich selbst verdächtigte, um seinem wirklich schuldigen Bruder Zeit zu verschaffen, zu entfliehen; bei der Hauptverhandlung führte er dann einen überzeugenden Alibibeweis. Bonnier Nr 364, I 467 erwähnt — und in neueren Auflagen von Best ist eine Anzahl von verlässlichen Berichten angeführt, die es bestätigen —, dass in China sich sehr häufig Menschen finden, die, selbst wo eine Hinrichtung in sicherer Aussicht steht, die Schuld des reichen Verbrechers auf sich nehmen, um durch die dafür erlangte Bezahlung das Loos ihrer Familie zu verbessern; der Fall ist so wenig ungewöhnlich,

Strafe zu entziehen, — endlich Hass gegen andere, denen durch das falsche Geständniss eine Verurtheilung zugezogen werden soll. Auch kann das falsche Geständniss namentlich einer einzelnen belastenden Thatsache gerade darin seinen Grund haben, dass der Angeklagte, er sei nun schuldig oder unschuldig, durch eine Unwahrheit den auf ihm lastenden Verdacht abzuwälzen sucht, ohne übersehen zu können, dass gerade die von ihm vorgebrachte Thatsache ihn belastet.

Während unter den angeführten Voraussetzungen das Geständniss ein freies und überlegtes ist, kann es wieder Fälle geben, wo es aus einem Seelenzustande hervorging, der ihm allen Werth raubt, weil entweder das Bewusstsein oder doch die Möglichkeit der Ueberlegung und Selbstbestimmung fehlte. Alle Zustände, welche die Zurechnungsfähigkeit aufheben oder in Frage stellen, nehmen daher dem Geständniss den Werth, den es aus dem mächtigen Abhaltungsmotiv schöpft, das seine Ablegung sonst erschweren würde; so z. B. Trunkenheit, Sprechen im Schlafe, Geisteskrankheit u. s. w. Das gleiche gilt auch sonst, wenn zwar der Redende sich dessen, was er spricht, bewusst ist, aber nicht der Umstände, welche die Aeusserung zu einem Geständniss stempeln, aus derselben die Gefahr strafrechtlicher Verurtheilung erwachsen lassen; dies ist der Fall, wenn jemand belauscht wird, wenn er unter Umständen spricht, wo es ihm mit seiner Aeusserung gar nicht ernst sein musste, wenn er etwa mit Thaten prahlt, von denen er glaubt, dass sie auf die Zuhörer Eindruck machen werden, oder wo zwar die Absicht, die Wahrheit zu reden, anzunehmen ist, allein ihm der Zusammenhang nicht bekannt sein konnte, welcher eine thatsächliche Angabe als eine ihn gefährdende

---

dass sogar ein besonderer technischer Ausdruck dafür vorhanden ist. „Uebrigens", fügt einer der Berichterstatter hinzu, „handelt es sich nicht immer um Geld. Jüngere Familienangehörige nehmen aus Hingebung die Schuld der älteren, ja selbst Sklaven die ihrer Herrn auf sich". — Aehnliche, wenn auch nebenbei noch andere Motive, spielten in einer Strafsache mit, welche vielleicht die belehrendste Sammlung falscher Geständnisse bietet. Eine zahlreiche Bande von Heimathlosen, wegen unzähliger, ihr wirklich zur Last fallender Verbrechen eingezogen, legt unter dem Einfluss eines zur Bande gehörigen jungen Mädchens das Geständniss eines Mordes ab, der wahrscheinlich nie, jedenfalls nicht von denen, die sich dazu bekannten, begangen wurde, ein umständliches, ziemlich übereinstimmendes Geständniss, das dem einzigen beharrlich leugnenden gegenüber der eigene Sohn in der Confrontation bestätigt. H. Escher, Geschichtliche Darstellung und Prüfung der über die denuncirte Ermordung Herrn Schultheiss Keller sel. von Luzern verführten Criminalprocedur. Aarau 1826. S. auch Hitzig und Häring, Der neue Pitaval IV 396 ff. (Klara Wendel oder der Schultheiss Keller'sche Mord in Luzern).

erscheinen lässt, was nicht blos von aussergerichtlichen Aeusserungen gelten kann, sondern auch von Erklärungen, die jemand in einem Civilprozess, als Partei oder Zeuge, oder auch aus Anlass einer anderen Strafverhandlung, sei es als Beschuldigter, sei es als Zeuge, abgiebt und wobei ihm der Zusammenhang dessen, was er sagt, mit dem Gegenstande einer späteren Anklage noch nicht erkennbar ist.

Das wenigstens geschichtlich häufigste Motiv falscher Geständnisse aber ist ein unmittelbar ausgeübter Zwang, welcher die augenblickliche Lage des Aussagenden so unerträglich macht, dass das entfernte, wenn auch an sich grössere Uebel, welches ihm von einem Geständniss droht, eine abhaltende Wirkung nicht zu üben vermag. Dies ist der Fall bei der physischen Tortur[217], wie sie theils offen, theils verdeckt unter dem Vorwand der Ungehorsamsstrafe geübt wurde, bei der psychischen Tortur, wie sie in dem auf Uebermüdung und geistige Ueberwältigung berechneten Eindringen auf das Seelenleben des Verhörten liegt, — endlich in dem aus beiden Mitteln gemischten System, welches in der lediglich auf Erzwingung eines Geständnisses berechneten Verlängerung der Untersuchungshaft liegen kann.

Alles vorstehend dargestellte kann falsche Geständnisse herbeiführen; daraus folgt allerdings nicht, dass nothwendig das unter solchen Umständen gesagte falsch sein müsse, jedenfalls aber folgt daraus, dass der Hauptgrund wegfällt, auf welchem die überzeugende Kraft des Geständnisses ruht, und dass, wenn auch nicht Gründe der öffentlichen Ordnung und des sittlichen Gefühls dazu nöthigen würden, zu verbieten, dass von dem so ausgesagten irgend ein Gebrauch gemacht werde, jedenfalls die Annahme der Wahrheit des gesagten nicht mehr aus dem Geständniss als solchem abgeleitet werden kann. Es bleibt eine Anzeigung zurück oder eine Aussage, die nicht mehr aus der Person des Aussagenden, sondern aus ihrem eignen Gewicht, ihrem inneren Zusammenhange und ihrer Uebereinstimmung mit sonstigen Beweisergebnissen allein ihre Glaubwürdigkeit schöpft. Die richterliche Annahme der in der Aussage enthaltenen Thatsache beruht dann nicht mehr auf dem Willensakt, der die Quelle des Geständnisses schien und dessen Wahrheit verbürgt, sondern auf dem Umstande, dass von der Person des Bekennenden unabhängige, seinem Willen

---

[217] Noch Tittmann steht der Herrschaft der Folter so nahe, dass er sagt (Geständniss S 68), das „Vorgeben", Zwang sei das Motiv des falschen Geständnisses, sei nur dann wahrscheinlich, wenn das angedrohte Uebel grösser war, als die zu erwartende Strafe. „Bei einem Verbrechen, welches notorisch mit Todesstrafe verpönt ist, kann die Einrede vom Zwange keinen Glauben verdienen".



unerreichbare Verhältnisse die Wahrheit dessen, was er gesagt, verbürgen[218]. So stellt sich auch hier, wie bei den bedenklichen Zeugenaussagen, als die wirksamste Gewähr der Wahrheit die objective Erprobung des gesagten heraus; ja hier gilt dies in noch höherem Grade, weil unter den verschiedenen Motiven, die zum Geständniss drängen können, nur wenige sind, die nicht ebensowohl zu unwahren als zu wahren Angaben Anlass geben können, und die einzige völlig reine Quelle der Geständnisse, aufrichtige Reue und das Bedürfniss, das Gewissen zu entlasten, am spärlichsten fliesst[219].

IV. Aus all dem ergiebt sich, dass dem Geständniss als solchem nur dann und nur so weit Glauben geschenkt werden kann, wenn Gewähr dafür geboten ist: dass der Angeklagte die Wahrheit kannte und nicht selbst in einem Irrthum befangen ist oder sein kann[220],

---

[218] Was Bentham angesichts der ausweichenden Kunstgriffe des leugnenden Beschuldigten sagt, ist nicht minder wahr, wo es sich um ein lügenhaftes Geständniss handelt. Er sagt Buch V Kap. 9 S 194. 195: „Die Vertheidigung eines Schuldigen, der alle möglichen Auswege versucht, wird ein Gemisch von wahrem, von falschem und von Ausflüchten sein. Das falsche, als das gefährlichste, wird nur gewagt, wenn die Ausflüchte nicht mehr möglich sind und die Wahrheit ein Geständniss des Verbrechens sein würde; aber so enge ist der Zusammenhang zwischen Wahrheit und Wahrheit, zwischen der Thatsache des Verbrechens und den Nebenumständen des Verbrechens, dass, indem man diesen natürlichen Faden verfolgt, ein einziger, vollkommen festgestellter Thatumstand sehr oft zu allen anderen hinführt. »Mehrere getrennte Wahrheiten«, sagt Fontenelle, »zeigen, sobald sie in ziemlich grosser Anzahl vorhanden sind, so lebhaft ihre Beziehung und ihre wechselseitige Abhängigkeit, dass sie, nachdem sie durch eine Art von Gewaltsamkeit von einander losgerissen worden sind, nach ihrer Wiedervereinigung natürlich hinzustreben scheinen«".

[219] Auch da ist, weil man es hiebei nicht selten mit exaltirten Charakteren zu thun hat, die Gefahr zu beachten, dass das Schuldbewusstsein auf Selbstquälerei und sonstigen irreleitenden oder doch zu Uebertreibungen führenden Gemüthszuständen beruht; man sehe z. B. bei Wills a. a. O. p 75 den Bericht über einen Fall, wo jemand, der früher in einer Irrenanstalt gewesen, durch den Anblick eines brennenden Heuhaufens erschreckt, einem ihm begegnenden Polizeimanne nicht blos den Brand anzeigte, sondern auch sich als den Brandstifter bezeichnete, in der Hauptverhandlung aber, wo er in durchaus klarer und zusammenhängender Weise sich vertheidigte, sich darauf berief, das Geständniss sei in einem Augenblick der Geistesverwirrung abgelegt. Der Richter sagte den Geschworenen: Ausser jener Aussage des Angeklagten liege gegen ihn keinerlei Beweis vor; es sei ihre Aufgabe, sich klar zu machen, ob sie glauben, dass jene Angabe auf Wahrheit beruhe oder, wie der Angeklagte jetzt behaupte, nur das Erzeugniss einer überreizten Einbildungskraft und eines schwachen Geistes war. Der Angeklagte ward freigesprochen.

[220] Die Aufstellung dieses Erfordernisses hat allerdings nur Werth, wenn man schon die möglichen Anlässe zu Irrthümern als Abschwächungen der Beweiskraft

dass er sie sagen wollte, dass er das Geständniss in einer Weise und unter Umständen abgelegt hat, welche es ermöglichen, sich dessen, dass beides der Fall war, zu vergewissern, dass nicht blos der Wille, sich einer Anschuldigung zu fügen, sondern der, die Wahrheit anzugeben, vorhanden war, und dass jedes Missverständniss über das, was er sagen wollte und gesagt hat, völlig ausgeschlossen ist, dass endlich das Geständniss nichts enthält, was im Widerspruch steht mit den sonstigen Ergebnissen des Prozesses, noch unter Umständen, welche eine Bestätigung durch von ihm unabhängige Beweismomente möglich machen, derselben nur darum entbehrt, weil jede andere Erhebung unterlassen oder durch die Unbestimmtheit des Geständnisses selbst verhindert wurde [221].

Vergleicht man die Hauptformen des Geständnisses in Bezug auf die Beruhigung, die sie über die vorstehend aufgestellten Forderungen gewähren, so ist die des Geständnisses vor dem erkennenden Gericht insofern die höchste, als dort die etwaigen Mängel des Geständnisses am leichtesten erkannt, Missverständnisse und Unvollständigkeiten am ehesten vermieden werden müssen, schon deshalb, weil zur Zeit der Hauptverhandlung sowohl der Bekennende, als diejenigen, welche das Bekenntniss beurtheilen sollen, in voller Uebersicht dessen sind, worauf es ankommt. — Vergleicht man dagegen andere Formen des gerichtlichen Geständnisses mit dem aussergerichtlichen, so sollte allerdings das erstere unbedingt das letztere an Werth überwiegen. Den Vortheilen, die die gesetzliche Verbürgung eines geordneten Vorganges [222] und die augenblickliche getreue Aufzeichnung

---

gelten lässt; der erwiesene Irrthum ist gleichbedeutend mit der erwiesenen Unwahrheit der im Geständniss angegebenen Thatsache und lässt für weitere Bemerkungen über die Werthlosigkeit des bezüglichen Geständnisses (s. z. B. Roscoe p 52 über confessions of matter, void in point of law, or false in fact) nur Raum, wenn man noch auf dem formalistischen Standpunkt steht, oder wo das Gesetz dem Zugeständniss als solchem specielle Geltung beimisst.

[221] Immerhin kann man noch jetzt die Zusammenfassung der vorstehend bezeichneten Bedingungen in den Worten der neuesten gesetzlichen Beweistheorie, der der ö. StPO v. 1853, anführen, wo es heisst: „Das Geständniss des Beschuldigten kann gegen ihn nur dann zum rechtlichen Beweise dienen, wenn es a. ausdrücklich, deutlich und bestimmt, und nicht etwa durch zweideutige Geberden oder Zeichen abgelegt wurde; b. im Zustande vollen Bewusstseins geschehen ist; c. auf dessen eigener, umständlicher Erzählung, nicht etwa auf blossen Bejahungen vorgehaltener Fragen beruht; d. mit den über die Umstände der strafbaren Handlung eingeholten Erfahrungen im wesentlichen übereinstimmt“ (§ 264).

[222] In der gemeinrechtlichen Literatur hat man oft grossen Werth auf die Zuständigkeit des das Geständniss entgegennehmenden Richters gelegt. Vom Standpunkt der natürlichen Beweiswürdigung hat diese an sich gar keinen Werth.

desselben beim gerichtlichen Geständniss gewähren, steht beim aussergerichtlichen noch der Nachtheil gegenüber, dass die Motive des letzteren leichter zu verkennen sind[223], dass geordnete Erzählungen selten, einzelne Aeusserungen der Missdeutung selbst dann ausgesetzt sind, wenn sie getreu, vollständig und im richtigen Zusammenhang wiedergegeben werden, worauf aber nur selten mit Sicherheit zu rechnen ist. — Allein auf der anderen Seite lehrt die Erfahrung, dass der Beschuldigte dem Untersuchungsrichter zum mindesten in einem Zustande geistiger Wehrlosigkeit gegenübersteht, wenn dieser sich für verpflichtet ansieht, das Bekenntniss einer Schuld, an die er glaubt, dem zu vernehmenden abzuringen, — dass die Ergebnisse solcher Verhöre oft Aufzeichnungen sind, die den Druck, unter welchem der Beschuldigte aussagte, nicht erkennen lassen, namentlich nicht den Einfluss, den derselbe auf einzelne Theile des Verhöres geübt hat, — dass diese Aufzeichnungen von dem Eindruck beeinflusst werden, den der verhörende Richter gewonnen hat, und dass ein aufklärender und ergänzender Beweis hier sehr schwierig ist. Nach diesen beiden Seiten hin kann daher das gerichtliche Geständniss unter Umständen der Wahrheit gefährlicher werden, als das

Ihr Mangel kann ein Anzeichen dafür sein, dass überhaupt ungehörig vorgegangen wurde; er kann ferner insofern sachlich geschadet haben, als der vernehmende Richter oder der aussagende Beschuldigte schlecht über das unterrichtet war, um was es sich eigentlich handle. Wo dies nicht der Fall ist, kann die Unzuständigkeit des vernehmenden Richters ein formelles Hinderniss der Benutzung des Protokolles, aber keinen Grund abgeben, dem Inhalt des letzteren nicht vollen Glauben zu schenken.

[223] „Uebereilte Geständnisse“, sagt ein alter englischer Jurist, Foster, „abgelegt vor zum Verhör nicht berechtigten Personen, sind der schwächste und verdächtigste Beweis . . . Worte werden zu leicht falsch wiedergegeben — für den Angeklagten ist es gleichgiltig, ob das aus Unwissenheit, Unachtsamkeit oder Bosheit geschieht —; sie können ausserordentlich leicht falsch ausgelegt werden, und bei alledem steht jene Art von Widerlegung durch Gegenbeweise nicht offen, durch welche sonst der Beweis von Handlungen bekämpft werden kann“. „Wie leicht“, sagt ein anderer englischer Richter, „kann der Zuhörer einem Wort einen Sinn beimessen, den der Redende nicht hineinlegen wollte; nur ist es schwer, ja nahezu unmöglich, dritten Personen seinen Geisteszustand und was er beabsichtigte, deutlich zu machen, weil eine genaue Wiedergabe des Tons der Stimme, des Nachdrucks der Rede, der Haltung, des Blickes, der Geberden und des Betragens nicht möglich ist. Darum wird solcher Beweis nur mit grossem Misstrauen und unter Vergegenwärtigung des Unrechts, das dadurch zugefügt werden kann, zugelassen“. Wills ch. 1 p 76. 77. — Beispiele, wo unbedachte Reden, unüberlegte Prahlereien, trotzige, aus blossem Geist des Widerspruchs hervorgegangene Erklärungen den Schein von Geständnissen annehmen, kommen unter solchen Umständen leicht vor.

aussergerichtliche. Alle diese Bedenken, welche der Glaubwürdigkeit und Verlässlichkeit des Geständnisses entgegenstehen können, müssen Gesetzgebung und Behörden berücksichtigen, um alles fern zu halten, was solche erregen kann. Allein durch die abstracten Möglichkeiten, welche im vorstehenden angedeutet wurden, darf man sich nicht zur Unterschätzung des Werthes des Geständnisses als Beweismittels verleiten lassen[224]. Bei sorgfältiger Prüfung der Sachlage, bei zweckmässigen Prozess- und Polizei-Einrichtungen, welche ungebührliche Einflüsse fern halten, werden Motive zu unwahren Geständnissen selten vorkommen, noch seltener verborgen bleiben. Ueberdies betreffen die meisten der früher erwähnten Zweifelsgründe doch nur die Fälle, wo das Geständniss allein oder nahezu ausschliesslich den Beweis begründet. Auch dies ist eine seltene Ausnahme, da das Geständniss in der Regel doch nur abgelegt wird, wenn ohnehin schon gewichtige Verdachtsgründe vorhanden sind; und es bedarf daher nur der Warnung davor, sich durch das Geständniss nicht unbedingt von anderweitiger Erprobung solcher Umstände abhalten zu lassen, die deren fähig und bedürftig sind, sich auch vor der Verwechselung blosser Zugeständnisse mit beweiskräftigem Geständniss zu hüten. Im übrigen aber darf man sich dem letzteren um so bereitwilliger hingeben, weil nirgends in höherem Grade das Wissen von der Sache und der Umstand verbürgt ist, dass der Aussagende gerade diese Aussage nur macht, weil sie der Wahrheit entspricht, und weil es, selbst wenn ein Motiv zu einer falschen Anklage vorhanden ist, nicht leichter ist, ein erlogenes Geständniss glaubhaft vorzubringen als ein erlogenes Zeugniss, weil endlich unwissentlich falsche Zeugenaussagen, welche in der Gleichgiltigkeit des vorgefallenen für den Zeugen ihren Grund haben, unendlich viel häufiger vorkommen, als unwissentlich falsch abgelegte Geständnisse.

V. Wenn sich nun aus vorstehendem ergiebt, dass der Nachtheil, welcher dem Angeklagten von dem Geständniss droht, nicht unbedingt dessen Wahrhaftigkeit verbürgt und dass niemals blos um seinetwillen allein demselben Glauben geschenkt, namentlich nicht auf die Erprobung desselben verzichtet werden darf, welche einer jeden Aussage gegenüber, ganz unabhängig von der Person des Aussagenden, möglich ist: so muss nothwendig die Frage entstehen, ob es wahr ist, dass auch in dem auf dem Princip der freien Beweiswürdigung beruhenden Strafprozess der Aussage des Angeklagten, welche nicht

---

[224] Vor dieser warnen namentlich auch Best § 577; Greenleaf I § 214 Anm am Schluss desselben; Bonnier Nr 365 vol. I p 468 ss.

Geständniss ist, die Eigenschaft als Beweismittel ganz abgesprochen werden könne. Das auf dem Princip der freien Beweiswürdigung ruhende Gesetz versteht den Ausdruck Beweismaterial nicht so, dass es ein Material sei, das die Wahrheit dessen, wofür es spricht, von vornherein verbürgt, sondern ein solches, welches die Grundlage einer rationellen Ueberzeugung werden kann. In diesem Sinn ist die Aussage des Beschuldigten jedenfalls die einer Auskunftsperson, bei welcher mit Grund vorausgesetzt wird, dass sie von den zu beweisenden Thatsachen genauere Kenntniss habe, als irgend ein anderer. Allerdings ist dies eine Auskunftsperson, welche weder durch den Eid, noch durch die Furcht vor Strafe, noch selbst durch den gleicher Grad sittlicher Verpflichtung zur Wahrheit genöthigt wird, wie ein Zeuge, welche vielmehr, wenn sie schuldig ist, ein entschiedenes Interesse hat, die Wahrheit zu verdunkeln, und selbst wenn sie unschuldig ist, dringende Motive dazu haben oder zu haben glauben kann, eine Auskunftsperson endlich, welche schon deshalb Misstrauen einflösst, weil man sie einer strafbaren Handlung halber im Verdacht hat. Allein alles dies macht die Aussage bedenklich, verdächtig sogar, zwingt dazu, dass sie genau gesichtet und geprüft werde, ehe man ihr glaubt, aber es macht es nicht unbedingt unmöglich, dass sie von einem nach richtigen Beweisgrundsätzen urtheilenden als Quelle seiner Ueberzeugung angenommen werde. Nicht blos können aus der Persönlichkeit des Angeklagten, aus der Art, wie er die Aussage ablegt, und den Umständen, unter welchen dies geschieht, sich Gründe ergeben, ihm zu glauben, welche jene Zweifelsgründe aufwiegen, sondern es stehen jedenfalls die Proben der Wahrhaftigkeit einer Aussage zur Verfügung, welche an sie selbst, unabhängig von der Person des Aussagenden, anzulegen sind und welche es ja ermöglichen können, dass der Aussage eines für seine Person wenig Glauben verdienenden Zeugen dennoch mit gutem Grund geglaubt wird. Ja, soweit es sich um Aussagen zum Nachtheil oder Vortheil von Mitverdächtigen handelt, ist der Angeklagte von einem bedenklichen Zeugen nur durch eine Linie getrennt, welche durch die verschiedensten Wechselfälle des Prozesses verschoben werden kann (vgl. oben § 4 I Nr 1). Selbst in England, wo, trotz der freien Würdigung des geführten Beweises, das Bestreben stets darauf gerichtet ist, nur a priori als verlässlich erkanntes Beweismaterial zuzulassen, konnte der Aussage des Angeklagten nicht jede Beweisqualität in Bezug auf seine Genossen abgesprochen werden. (Vgl. oben Anm 86. 185—189.) Auf dem Continent ist sie, soweit sie andere belastet und nicht auch zugleich den Aussagenden selbst, mit gerechtem Misstrauen behandelt wor-

den[225]; aber man hat nicht darauf verzichtet, selbst in dieser Richtung sie als ein Beweismittel zu behandeln, welches neben anderem

[225] Die älteren gemeinrechtlichen Schriftsteller (s. die Literaturangaben bei Zachariä, Grundlin. S 228 ff.; Martin § 78, ältere Ausg. § 72, Anm 8 u. 10; Mittermaier, Beweis S 328 ff.; derselbe, Strafverfahren § 170, II 401 ff.) sind, auf römische Stellen gestützt (so Paulus Rec. sent. l. I t. 12 § 7: ne alicujus salutem in dubium deducat, qui de sua desperavit; l 16 § 1 D de quaest. 48. 18, l 17 Cod. de accus. 9. 41: Nemo de proprio crimine confitentem super conscientia scrutetur aliena), hierin schon zurückhaltend, ungeachtet des Art. 31 CCC, der allerdings nur von der Benennung der Mitschuldigen handelt. Siehe Kleinschrod, Abhandlungen I 291 ff.; Carpzov. qu. 121 Nr 20. 22. 32—40; Böhmer ad art. 31 CCC § 2 (hie und da findet sich derselbe ad Carpz. qu. 114 obs. 4 angeführt, was wohl auf einem Missverständniss beruht, da dort vom testis confessionarius, nicht confessus die Rede ist); Kress ad art. 66 CCC § 2; Quistorp § 694 und noch Abegg, Lehrbuch § 103 und im NA XIV 296 ff. Später, als der Einfluss der Folter mehr und mehr zurückwich, zeigte sich auch grössere Geneigtheit, den Beweis durch Mitschuldige gegen Mitschuldige zuzulassen, siehe z. B. Mittermaier a. a. O., und man kann als die gegen Ende des gemeinrechtlichen Prozesses in dieser Hinsicht herrschende Meinung ansehen, was darüber Henke, Handb. IV 519 ff. sagt und was sachlich noch immer volle Berechtigung hat: „Als Zeugniss wird die Aussage des Mitschuldigen wenigstens dann zugelassen werden müssen, wenn der Glaubwürdigkeit der ersteren sonst nichts mehr entgegensteht, insbesondere dieselbe nicht auf Suggestivfragen erfolgt, wenigstens nicht eine blosse Wiederholung der in diesen Fragen vorgehaltenen, auf die Mitschuld eines anderen Bezug habenden Thatsachen ist, und der nicht eingegebene Inhalt derselben mit anderen, nicht mehr zweifelhaften, einen Verdacht gegen den Bezichtigten begründenden Thatsachen vollkommen zusammenstimmt, von einem feindseligen Verhältnisse zwischen dem Aussagenden und dem der Mitschuld bezichtigten keine Spur sich findet, ersterer die eigene Schuld bereits vollständig gestanden und durch die erhobene Bezichtigung eines anderen eine Minderung der eigenen Strafe nicht zu gewärtigen hat und überdies in allen Stadien des Prozesses, sowohl bei der gerichtlichen Gegenstellung mit dem Bezichtigten, als auch bei der Verkündigung des die ihn selbst treffende Strafe aussprechenden Urtheils beharrlich bei seiner Aussage geblieben ist. — Treffen alle diese Voraussetzungen zusammen, so ist kein vernünftiger Grund mehr vorhanden, an der Wahrheit der Angabe zu zweifeln und dieselbe blos deshalb, weil der Aussagende nicht zur eidlichen Bekräftigung derselben zugelassen werden konnte, nicht als vollgiltiges Zeugniss gelten zu lassen, zumal da sie nicht selten das einzige Mittel zur Ueberweisung des hartnäckig leugnenden Theilnehmers ist. Unter eben diesen Voraussetzungen scheint es auch unbedenklich, ja durch die Consequenz geboten zu sein, auf das Zeugniss von zwei Mitschuldigen ein Strafurtheil zu gründen, wenn mit demselben auch andere Beweismittel nicht concurriren, falls nur die völlige Uebereinstimmung zwischen den beiderseitigen umständlichen Angaben nicht dadurch ihre Ueberzeugungskraft ganz oder theilweise verliert, dass sie als Wirkung einer vorausgegangenen Collusion betrachtet werden kann. Uebrigens versteht es sich, dass wenn der Aussagende eines solchen Verbrechens geständig ist, welches, wie namentlich Meineid, wissentlich falsche Denuntiation u. s. w., den Glauben an seine Wahrheitsliebe gänzlich

(zumal neben der übereinstimmenden Aussage anderer Genossen) vollen Beweis machen kann. Sehr wenig beachtet ist dagegen die wichtige Frage, inwiefern die Aussage des Beschuldigten anderen zu statten kommen kann[226], obgleich es ja unabweisbar in der Natur

---

zerstören muss, oder wenn ihm als Lohn der Namhaftmachung der Mitschuldigen der Erlass oder die Milderung der Strafe versprochen worden ist, auf seine beschuldigende Aussage nur wenig Gewicht gelegt werden kann". In ähnlichem Sinne behandeln die Aussage des Mitschuldigen auch die gesetzlichen Beweistheorien; siehe z. B. bayer. StG v. 1813 Art. 284: „Das Zeugniss eines Angeschuldigten gegen einen angeblichen Mitschuldigen ist ohne alle Kraft, wenn jener dadurch seine Schuld ganz oder zum Theil von sich auf diesen andern zu bringen sucht. Ausserdem ist ein Verbrecher, welcher seine Schuld reumüthig bekannt hat, (die in dem Art. 278 Nr 5 und 6 bestimmten Fälle ausgenommen) wider seine Mitschuldigen nur als verdächtiger Zeuge zu betrachten, soferne nicht andere besondere Gründe der Parteilichkeit oder des persönlichen Interesse die Glaubwürdigkeit seiner Aussagen zerstören. Doch erlangt ein solcher reumüthig bekennender Mitschuldiger in Ansehung eines anderen bereits der That verdächtigen Mitschuldigen die Eigenschaft eines vollgiltigen Zeugen, wenn er seine Aussage nicht nur dem Beschuldigten bei der gerichtlichen Gegenstellung in das Angesicht wiederholt, sondern auch dieselbe, nach der ihm geschehenen Verkündigung des Strafurtheils, von neuem bekräftigt hat". Die österr. StPO von 1853, auch hierin sich eng dem älteren österr. Rechte anschliessend (§ 410 StG von 1803, I. Th.; Jenull IV 58—60; Kitka, Beweislehre S 248 ff.), lässt „die Aussagen von Personen, welche der Mitschuld an der nämlichen strafbaren Handlung geständig sind", „zur rechtlichen Ueberweisung eines leugnenden Beschuldigten hinreichen, wenn zwei derselben wider ihn über die gemeinschaftlich mit ihnen verübte strafbare Handlung einhellig ausgesagt haben", und verlangt dabei (abgesehen von formellen Anforderungen), dass ihre Aussagen „in Rücksicht solcher Fragen, die ihnen über besondere mit der gemeinschaftlichen strafbaren Handlung zusammenhängende Umstände gestellt werden und von ihnen vor ihrer Vernehmung nicht vorausgesehen werden konnten, unter sich ganz übereinstimmen, in allen wesentlichen, ihnen selbst zur Last liegenden Umständen durch andere Erhebungen bestätiget seien', so dass kein Grund vorhanden ist, ein vorläufiges Verständniss zu argwöhnen oder sonst an der Wahrheit der Aussagen zu zweifeln" (§ 271; vgl. Rulf zu diesem Paragraphen, II 112 ff.; Peitler S 215 ff.). Hier ist besonders beachtenswerth die dreifache Beschränkung: Beweis wird nur gegen den Mitschuldigen, nur durch die Aussage eines Geständigen und nur über das sie gemeinsam belastende hergestellt. Vgl. übrigens über die Beweiskraft der Aussage von Mitschuldigen noch Stübel, Thatbestand § 242; Heffter im ANF 1845 S 89—104; Mittermaier daselbst 1852 S 51—68. Zu vergleichen ist noch Niccolini qu. VIII ediz. Livorno p 75—82.

[226] Gestreift ist die Frage bei Abegg, Lehrbuch § 103, der von dem Falle spricht, wo die Aussage des Beschuldigten über andere „ihm selbst nachtheilig sein kann, z. B. um einen anderen nicht oder minder schuldig darzustellen; dann ist sie wie ein Geständniss zu würdigen". — Auch Mittermaier, Strafverfahren II 405 sagt: „Oft wird die Aussage des Mitschuldigen wichtig als Beweis zu Gunsten eines Mitangeklagten". Siehe auch Temmes Zusatz zu Martin § 78

der Dinge liegt, dass nichts einem Angeklagten mehr zu statten kommt, als wenn das diesem zur Last gelegte ein anderer auf sich nimmt. Allein auch wo es sich nicht um eine Aussage des Mitangeklagten handelt, die, soweit sie diesen selbst betrifft, Geständniss ist, wird niemand bezweifeln, dass durch dieselbe die Ueberzeugung von der Unschuld eines Mitangeklagten oder vom Vorhandensein diesen entlastender Umstände in vollkommen befriedigender Weise hergestellt werden kann [227]. Daraus folgt, dass die Aussage des Beschuldigten

---

Anm 10 und die dort angeführten Entscheidungen des OAG zu Jena, welche „Mitangeklagte als Entlastungszeugen, freilich ohne Beeidigung, zulassen".

[227] Auf dem Boden der freien Beweiswürdigung lassen sich Unterscheidungen nicht halten, welche schon unter der Herrschaft der gemeinrechtlichen Beweistheorie die sonderbarsten Verlegenheiten bewirkten. Wenn der eine Mitangeklagte gestand, der andere leugnete, ohne dass er gesetzmässig für überwiesen zu erachten war, die That aber eine einheitliche war, die nur wahr für alle sein kann oder für keinen, war die Verlegenheit keine geringe. So z. B. wenn bei der Anklage wegen Blutschande die Tochter leugnet, der Vater gesteht, oder umgekehrt. Nicht so eng ist der Zusammenhang beim Ehebruch, vgl. Bonnier Nr 366, I 477, wobei allerdings auf die Bestimmungen des französischen Civilrechts hauptsächlich Rücksicht genommen ist. Aber in unzähligen Fällen auch solcher Delicte, bei welchen kein concursus plurium ad delictum necessarius stattfindet, liegt die Sache so, dass die Anklage sich gegen alle bewähren muss, gegen die sie gerichtet ist, oder gegen keinen statt hat, dass also selbst das erfolgreiche Leugnen eines Angeklagten allen zu gute kommen muss, wenn das Urtheil nicht ein Widersinn sein soll. Abegg theilt im NA XIV 129 ff. einen Fall mit, wo eine Testamentsunterschiebung in der Weise ausgeführt werden sollte, dass zwei Schwestern den Notar in das Haus der Testirenden rufen liessen, und in einem entlegenen, dunklen Gemach die Rolle der letzteren von der einen Schwester gespielt ward, während die andere, die Krankenpflegerin spielend, mithalf. Erstere gestand, dass die im Bett liegende Frau sie selbst war, die Schwester beharrte dabei, es sei die angebliche Errichterin des Testaments gewesen; jene ward sofort verurtheilt, diese (von einem anderen Gericht) zum Reinigungseid zugelassen. — Das umgekehrte tritt freilich auch in den noch viel häufigeren Fällen ein, wo zwei Mitangeklagte sich die Schuld oder den grösseren Theil derselben gegenseitig zuschieben, s. den merkwürdigen Fall in Heusers Bemerkenswerthen Entscheidungen des Criminalsenats des OAG Kassel, I. Band 1845 S 1 ff. — Es ist hier, wenn man dem Urtheil Wahrheit zu Grunde legen will, nicht möglich, lediglich das Geständniss als Beweis zu behandeln, ohne auch die übrigen Umstände als freilich kritisch zu behandelndes Beweismaterial mit in Betracht zu ziehen. Bei Besprechung eines ähnlichen Falles sagt Heffter, ANF 1845 S 89 ff., nachdem er zuerst diejenigen Aussagen erörtert, in denen Geständniss und Zeugniss über den Mitschuldigen sich trennen lassen: „Dagegen muss unbestreitbar ein Rückschlag aus den Angaben des leugnenden Mitbeschuldigten auf das Geständniss des anderen eintreten, wenn die Punkte, worauf sich die beiderseitigen Aussagen beziehen, auch für die beiderseitigen Anklagen und zur Begründung derselben von wesentlicher Erheblichkeit sind, wenn also namentlich die Anklage des geständigen Mitbeschuldigten eine unwahre sein würde, falls die Aussage des anderen

in dem Strafprozess, in welchem er als solcher behandelt wird, als Beweismittel auch in solchen Beziehungen, in welchen sie ein Geständniss nicht darstellt, benutzt werden muss, und dass sich Anhaltspunkte genug darbieten, um an derselben eine Kritik zu üben, welche ermöglicht, wahres vom falschen zu scheiden. Enthält also die Aussage des Beschuldigten neben dem Geständniss ein Zeugniss in Bezug auf andere, das theilweise auch auf seine eigene Lage zu-

---

Mitbeschuldigten wahr sein sollte. Unmöglich kann in derselben Untersuchung etwas in Ansehung des einen Betheiligten wahr sein, in Ansehung des andern nicht, ohne dass man in den ärgsten Formalismus des juristischen Criminalbeweises verfällt, während dessen Ziel doch materielle Wahrheit ist. Jener Rückschlag kann nun allerdings oft nur ein Zustand vorübergehenden Zweifels sein, welcher sich aus andern Beweismaterialien der Untersuchung beseitigen lässt, so dass er gänzlich dahinschwindet und das Geständniss des Mitbeschuldigten in seinem ganzen Inhalte, auch soweit es nachtheiliges gegen den andern Mitbeschuldigten enthält, als ein wahres angenommen und dem richterlichen Urtheil wider den Geständigen zum Grunde gelegt werden darf; wenn sich namentlich die entgegenstehenden Behauptungen des leugnenden Mitbeschuldigten durch andere Beweise widerlegen und dagegen die Erklärungen des geständigen Theiles durch sonstige Beweise Unterstützung erhalten. Wider den Leugnenden aber wird freilich nach dem formell so strengen gemeinen Recht das Geständniss des anderen noch nicht als beweisend zur Erkennung einer peinlichen Strafe gelten dürfen, sondern es würde dazu noch eine Ueberführung mit sonstigen Mitteln, welche die Halsgerichtsordnung oder jetzige Praxis erlaubt, erforderlich sein, wobei allerdings das an sich monströse Resultat entstehen kann, dass dieselbe Thatsache in Ansehung des einen Mitbeschuldigten als erwiesen, in Ansehung des andern als unerwiesen, wenigstens für unzureichend erwiesen zu einem Straferkenntniss erachtet werden muss; ein Resultat, welches ohnstreitig der Annahme einer freieren, weniger formalen Beweistheorie das Wort zu reden scheint. Nicht selten wird aber auch der Rückschlag der Aussage eines Beschuldigten auf die Angaben des Geständigen, ja auf das Geständniss selbst, von noch grösserer Bedeutung sein, wenn sich nämlich den Angaben des leugnenden Theiles nicht geradehin alle Glaubwürdigkeit absprechen lässt und sie nicht durch andere Beweise widerlegt werden; wenn also Aussage gegen Aussage unter zweien Mitbeschuldigten streitet. Hier wird dann das Geständniss des einen Theiles nur insoweit als vollbeweisend anzunehmen sein, als sich die entgegengesetzten, nicht ganz unwahrscheinlichen Erklärungen des leugnenden Theiles (damit) vereinigen lassen; dem Geständniss wird durch den Widerspruch des anderen Theiles etwas von seiner Glaubwürdigkeit entzogen; blos insoweit, als sich beider Aussagen decken oder der geständige Theil die ihn allein betreffenden oder gravirenden Thatsachen einräumt, findet kein Zustand des Zweifels statt, wohl aber soweit die von ihm behaupteten und ihn beschwerenden Thatsachen zugleich auch wesentlich beschwerend für den leugnenden Theil sind. Sogar die grössere Wahrscheinlichkeit der Aussage des geständigen Theiles kann nicht berechtigen, ihr den Vorzug der Wahrheit vor den widersprechenden Aussagen des leugnenden Theiles zu geben, wenn deren innere und äussere Glaubwürdigkeit nicht völlig über den Haufen geworfen werden kann".

rückwirkt, so bleibt nur noch die Frage übrig, ob sie nicht — mit dem aus der Natur der Sache sich ergebenden Vorbehalte eingehender Prüfung — in jeder Hinsicht, also auch bezüglich solcher Umstände, die dem Angeklagten zu statten kommen, ein Beweismittel im Sinne des heutigen Beweisrechtes[228] sein kann? Eine Frage, die meines Erachtens nicht blos deshalb bejaht werden muss, weil der Entgegennahme solcher Aussagen kein rechtliches Hinderniss sich widersetzt und, einmal zugelassen, die Aussage thatsächlich die Quelle der Ueberzeugung der Urtheiler werden kann, sondern auch weil die so gewonnene Ueberzeugung unter Umständen der auf richtige Beweisgrundsätze sich stützenden Kritik vollkommen Stand zu halten vermag.

Denn der gleiche Grund, welcher es gestattete, die Aussage sehr bedenklicher Zeugen zuzulassen, spricht auch dafür, die Aussage des Beschuldigten nicht unbesehen, blos weil sie seine Aussage und ihm nicht schädlich ist, zu verwerfen. Denn auch hier besteht die Möglichkeit, aus dem inneren Zusammenhange der Aussage selbst, aus der Vergleichung ihrer einzelnen Bestandtheile mit anderen Beweiselementen, aus den Modalitäten, unter welchen die Angaben vorgebracht wurden, Anhaltspunkte zu gewinnen, um sich ein Urtheil über deren Wahrheit zu bilden. Ja gerade die Erweiterung des

[228] Im Sinne des gemeinen Rechtes sagt z. B. Feuerbach, Lehrbuch § 584: „Die Aussage des Angeschuldigten, soferne sie eine ihm vortheilhafte Thatsache zum Inhalt hat, verdient als solche keine Glaubwürdigkeit. Behauptet aber derselbe einen ihm nachtheiligen Umstand, so begründet sie vollen juristischen Beweis". Ebenso Tittmann, Geständniss § 17. So lehrt auch Abegg, Lehrbuch S 168, dass „aus erfahrungsmässigen psychologischen Gründen" diejenigen „Behauptungen, welche einen ihm günstigen Umstand bekunden oder bekräftigen oder einen ihm nachtheiligen entfernen sollen, an und für sich keine rechtliche Glaubwürdigkeit haben". Er fügt aber, natürlich ebenfalls vom Standpunkt des gemeinen Rechtes, folgende beschränkende Anmerkung hinzu: „Es ist natürlich, dass das in einer vortheilhaften Aeusserung bestehende Zeugniss in eigener Sache, bei dem Streben, den Nachtheilen der Strafe zu entgehen, nicht für sich glaubhaft sein könne (l 10 D de testibus, l 10 Cod. eod., PGO Art. 57. 141. 143. 151. 154), zumal da ohne genügenden Verdachtsgrund weder ein Verfahren von Amtswegen, noch eine Anklage stattfinden soll. Unbeachtet dürfen aber solche ihm günstige Beobachtungen nicht bleiben, die der Ankläger womöglich zu entkräften, der Untersuchungsrichter als Veranlassung weiterer Nachforschungen zu benutzen hat, um durch das bestätigende Ergebniss der Vertheidigung ihr Recht zu geben, im entgegengesetzten Falle eine Ueberführung oder ein Geständniss zu bewirken. In jenem Falle kann, nach den Grundsätzen über den Reinigungseid, wenn die Ergebnisse der Nachforschung nicht so günstig sind, dieses (bedenkliche) Mittel entbehren zu können, ein Erfüllungseid die Beweiskraft jener Behauptung, wenigstens nach gemeinrechtlichen Grundsätzen und dem, wiewohl hier sehr verschiedenen, Gerichtsbrauche mancher Länder bewirken".

Kreises der zulässigen Zeugen drängt dazu, die Aussage des Beschuldigten nicht blos darum zu verwerfen, weil sie ihm zum Vortheil gereicht. Der alte Prozess liess nicht jeden als vollgiltigen Zeugen zu und er betrachtete den in Specialinquisition gezogenen bereits als entehrt. Nach beiden Seiten hin hat es sich geändert; die rechtliche Stellung des Beschuldigten ist bis zum Endurtheil intact und es können ihm Zeugen gegenübertreten, bei welchen dies durchaus nicht der Fall ist. Aber auch sonst kann der Zwangslage, die den Angeschuldigten zur Unwahrheit drängen mag, eine nicht minder drängende auf Seite des Zeugen gegenüberstehen (z. B. bei Anklagen wegen falscher Anschuldigung, wegen Nothzucht, wegen Meineids, überall wo die Freisprechung des Angeklagten die moralische Vernichtung des Zeugen oder selbst praktisch schwere Nachtheile nach sich ziehen müsste). Oder es kann die Sache so liegen, dass nur wenig fehlte, dass selbst die Situation von Angeklagtem und Zeugen hätte wechseln können. Hier kann die Zeugenaussage gar nicht anders gewürdigt werden, als bei fortwährender Abwägung gegen die Aussage des Angeklagten. Keines der oben bezeichneten Mittel der Erprobung der Zeugenaussage darf hier einseitig angewendet werden, ohne dass in gleicher Weise die Aussage des Beschuldigten gewürdigt wird; und nicht blos Aussage gegen Aussage, auch Mensch gegen Mensch wird hier abgewogen werden müssen. Daher ist auch die Persönlichkeit des Angeklagten selbst und die Bloslegung von Motiven, welche neben seiner Stellung als solcher geeignet sind, ihn bei seiner Aussage zu bestimmen[229], geeignet, den Urtheiler bei seinem Bestreben, wahres von falschem zu sondern, wesentlich zu unterstützen, und somit bietet die Aussage in

[229] Es kann z. B. der Angeklagte wichtige Gründe haben, andere zu schonen, so wichtige, dass sie selbst neben der ihm drohenden Strafe noch in Betracht kommen — oder es können aus einer bestimmten Angabe, die ihm in diesem Strafprozess allerdings zu statten kommt, ihm selbst anderweitige Nachtheile (z. B. Enthüllung anderer von ihm verübter Verbrechen, Verlust der Vortheile aus solchen) drohen. Dies sind Umstände, welche der nahe liegenden Vermuthung, dass der Angeklagte zu seinen eigenen Gunsten die Unwahrheit sage, das Gleichgewicht halten können. Umgekehrt muss jedoch der Umstand, dass das Geständniss in seiner Totalität ein durch die Umstände nicht abgenöthigtes ist, bei Beurtheilung einzelner Theile der Aussage mit berücksichtigt werden. Mit Recht sagt schon Klein, Grundsätze § 104: „Die blos innere Wahrscheinlichkeit der beigefügten Behauptung gilt, wenn sie in einem hohen Grade vorhanden ist, statt eines Beweises derselben. Auch ein geringerer Grad dieser Wahrscheinlichkeit genügt, wenn es klar ist, dass der Angeschuldigte ebenso gut die ganze That habe ableugnen, als dem Bekenntnisse die Einschränkung beifügen können". Vgl. noch Heinze in GA 1876 S 290. 291; Geyer in HH I 261. 265; Schauberg S 39. 40. 49.

ausreichendem Maasse das, was unter der Voraussetzung freier und rationeller Würdigung des Beweisergebnisses von einem Beweismittel gefordert werden muss: die Möglichkeit, dass es eine rationelle Grundlage richterlicher Ueberzeugung herstelle.

VI. Wird dies aber anerkannt, so hört die schroffe Sonderung zwischen Geständniss und sonstigen Aussagen des Angeklagten auf, die ja schon deshalb nicht durchzuführen ist, weil es nicht immer möglich ist, sofort zu bestimmen, ob eine einzelne Angabe des Angeklagten ihm schädlich ist, und weil umgekehrt ja auch mancherlei Mängel und abschwächende Elemente des Geständnisses von der Willkür des Angeklagten abhängen und von positiven Beisätzen nicht leicht zu unterscheiden sind. Die letzteren Thatsachen haben vielerörterte Fragen angeregt, die eben nur von dem hier bezeichneten Standpunkte aus eine befriedigende Lösung finden können, nicht aber wenn einseitig das Geständniss als allein beweismachend in den Vordergrund gestellt wird. Diese Fragen betreffen die Untheilbarkeit des Geständnisses, das qualificirte Geständniss und den Widerruf des Geständnisses.

1. Die Untheilbarkeit[230] des Geständnisses ist eine einfache und unverkennbare Forderung der Gerechtigkeit, soweit sie dahin geht, dass der Vorfall, das Gespräch, die Erzählung (das Schriftstück), worin das Geständniss liegen soll, im wahren Zusammenhang und ohne jede Auslassung, welche die Gefahr einer Missdeutung oder einseitiger Hervorhebung ungünstiger Umstände mit sich bringen könnte, den Urtheilern vorgeführt werde. Es ist klar, dass einzelne Bruchstücke von Reden, herausgerissene Sätze, Antworten, die ohne die ihnen zu Grunde liegenden Fragen vorgebracht werden, einen falschen Sinn

---

[230] Die Frage der Untheilbarkeit hängt mit der des sog. qualificirten Geständnisses so eng zusammen, dass die Literatur beider gemeinschaftlich angeführt werden muss: Mathaeus l. 48 t. 16 c. 1 Nr 20 p 703. Renazzi l. III c. X Nr 13 p 135. Quistorp § 683. Feuerbach § 583. Grolman § 443. Martin § 80 (am Schluss Anm 21 mit Zusatz von Temme). Stübel, Criminalverfahren §§ 718. 795 ff. Müller § 103. Mittermaier, Beweis § 36 S 271 ff. Derselbe, Strafverfahren § 165, II 361 ff. Zachariä, Grundlinien S 207 ff. Henke, Handbuch IV 483. Kleinschrod im AA IV Stück 4 Nr 3 § 10. Borst im NA I 279—303. Bauer, Abhandlungen II 284 ff. Tittmann, Geständniss S 42—48. Reyscher, De confessione limitata in causis criminalibus. Tubingae 1824. Schauberg S 67. Economu p 35 sq. Carmignani, Teoria IV 144. Carrara § 933, vol. II p 497. Hélie § 377 V, vol. V 731 ss.; 2. éd. Nr 1938. 1940. Rolland Art. 154 Nr 504—510. Jenull IV 20. Kitka, Beweislehre S 82 ff. Rulf, Oesterreichische StPO v. 1853 II 79—81. Zachariä, Handbuch IV 436. 437.

geben müssen[231]. Allein diese ganz unleugbare Wahrheit wurde die Brücke für willkürliche, wenn auch scheinbar billige Folgerungen. Es ist gerecht, dass der Urtheiler alles erfahre, was und wie der Beschuldigte es sagte; aber es ist nicht zulässig, zu verlangen, dass er alles, was der Angeklagte sagte, für wahr annehmen oder alles verwerfen müsse. Hier machen sich nämlich theils unpassende Analogien aus dem Civilprozess, namentlich aus dem in dieser Lehre in sich schon nicht richtig vorgehenden französischen Civilprozess, theils ein irregeleitetes Billigkeitsgefühl geltend. In ersterer Beziehung wird das Geständniss als ein freiwilliges Zugeständniss behandelt, das der Beweisgegner benutzen oder unbenutzt lassen mag, wie es ihm beliebt, das ihm aber durch das Entgegenkommen des Gestehenden die ihm obliegende Beweisführung wesentlich erleichtert und es als Undank und Willkür zugleich erscheinen lässt, wenn er das ihm vom Gegner gelieferte Beweismittel benutzen, d. h. vom Richter Glauben dafür verlangen will, wo es ihm passt, und es selbst wieder als unglaubwürdig verwerfen will, wo es ihm nicht passt[232]. Allein das erste Argument

---

[231] Es ist ein Vorzug der englisch-amerikanischen Schriftsteller, dass sie diese Forderung betonen, wozu sie allerdings dadurch besondere Veranlassung haben, dass im allgemeinen der Angeklagte seine Aussagen nicht als Beweis für sich anführen kann, und daher die Zulassung der Beweisführung zur Ergänzung der vom Ankläger über das Geständniss erbrachten Beweise als eine Ausnahme von jener Regel erscheint. Best § 520. Greenleaf I § 218. Taylor § 795. Roscoe p 51. Wills l. c. p 73. 74. S. speciell den dort angeführten Ausspruch von Ellenborough: „It is a rule of law, that when evidence is given of what a party has said or sworn, all of it is evidence (subject to the consideration of the jury, however, as to its truth), coming, as it does, in one entire form before them; but you may still judge to what parts of the whole you can give credit; and also whether that part which appears to confirm and fix the charge does not outweigh that which contains the exculpation“.

[232] Auch Best, welcher dabei auf Pothier, dem er freilich nicht weit folgen kann, und dessen Beispiel vom Geständniss der Schuld unter Behauptung der Zahlung hinweist, spricht von dem „klaren Grundsatz der Gerechtigkeit, dass wer eines Mannes Aussage gegen ihn gebraucht, diese Aussage sich aneignet, as evidence at least. Bonnier sagt in Bezug auf den Civilprozess § 356 vol. I p 455: „Cette indivisibilité est de toute justice. Lorsque je m'en rapporte à la déclaration de mon adversaire, je dois la prendre telle qu'elle est, je ne puis la scinder arbitrairement, pour en extraire seulement ce qui m'est favorable. Autrement, je lui prête un langage qu'il n'a ni tenu, ni voulu tenir; car on sait combien il est facile, en isolant certaines expressions, de leur donner un sens manifestement contraire à l'intention de celui qui les a prononcées. L'aveu peut être accepté ou rejeté, mais il n'est pas permis de le dénaturer“. Ohne weiter auf die hiedurch schon hinlänglich angedeuteten Einschränkungen einzugehen, die selbst für den Civilprozess nöthig sind, sei im Gegensatz hiezu angeführt, was Bonnier über die Geltung der gleichen

verwechselt Zugeständniss und beweismachendes Geständniss, das zweite verleugnet die wahre Natur jedes Beweismittels, das nur Grundlage richterlicher Ueberzeugung sein, nicht diese von vornherein gefangen nehmen kann, und wiederholt einen Fehler, den man manchmal auch beim Zeugenbeweis macht, der aber dort viel unbedenklicher zurückgewiesen wird, dass nämlich der Beweisführer alle Aussagen der von ihm selbst vorgeführten Zeugen ohne weiteres gegen sich gelten lassen müsse. — Mehr Eindruck macht es, wenn als unbillig bezeichnet wird, dass man dem Angeklagten Glauben schenkt, sobald er gegen sich spricht, allem aber, was er für sich sagt, das Gehör verweigert[233]. Wenigstens in dem Fall, meinte man, müsste ja doch

---

Regel für den Strafprozess sagt, indem er übrigens sonderbarerweise auch die hier aufgestellte Regel sofort im Interesse der Herübertragung einer civilrechtlichen Frage erheblich einschränkt. Er sagt Nr 368 vol. I p 475: „En ce qui touche l'indivisibilité de l'aveu, le motif principal sur lequel elle est fondée en matière civile n'existe plus ici. On ne peut pas dire qu'il faille s'en rapporter entièrement à la bonne foi de celui contre qui on ne s'est pas procuré d'autres preuves, puisqu'il est clair qu'il n'a pas ordinairement dépendu du ministère public de constater l'infraction par un acte en bonne forme. Nulle obligation dès lors d'accepter dans son entier l'aveu que les interprètes appellent aveu qualifié, c'est a dire dans lequel l'accusé modifie sa déclaration par l'addition de circonstances qui font disparaître, ou du moins qui atténuent sa culpabilité. Un arrêt de rejet du 23 juin 1837 reconnaît, en conséquence, au juge un pouvoir discrétionnaire pour apprécier la vraisemblance des circonstances ainsi ajoutées à l'aveu".

[233] Auch im englischen Recht ist öfter der Versuch gemacht worden, mehr zu verlangen, als dass der dem Angeklagten günstige Theil seiner Aussage weder unterdrückt, noch ohne weiteres unbeachtet gelassen werde. In einem Falle (angeführt bei Roscoe p 51) war bewiesen, dass der des Diebstahls Angeklagte die gestohlenen Sachen besass und dass er in der Voruntersuchung ausgesagt hatte: er habe sie gekauft. Der Richter wies die Geschworenen zur Freisprechung an und bemerkte: Macht der Ankläger von der Aussage des Angeklagten Gebrauch, so muss er sie als Ganzes gelten lassen (he must take the whole together). Allein in einem ganz ähnlichen Falle (R. v. Higgins, ebenda angeführt) sagte der Richter nur: „Glauben Sie, dass der Angeklagte wirklich das Gut gekauft und bezahlt hat, so müssen Sie ihn freisprechen; gewinnen Sie aber . . . . die Ueberzeugung, dass die Angabe falsch ist, so werden Sie ihn schuldig sprechen", und diese Auffassung ist als die herrschende anzusehen. Wills l. c. p 74 führt zwar zwei Fälle an (R. v. Clewes u. R. v. Jones), in welchen er bis zu einem gewissen Grad den Grundsatz der Untheilbarkeit des Geständnisses anerkannt sieht. Allein in dem ersten handelte es sich um einen vor Jahren begangenen Mord, von welchem kein anderer Beweis vorlag, als das Geständniss des Angeklagten, bei der That zugegen gewesen zu sein, ohne theilzunehmen; also ein Geständniss eines Thatumstandes, welches willkürlich zu einem Zugeständniss der Schuld gestempelt wurde. Trotzdem sagte der Richter auch hier (nach dem genaueren Berichte bei Roscoe) nur: „It must be taken all together and it is evidence for the prisoner as well as against

eine Ausnahme gemacht werden, wo ausser dem Geständniss des Angeklagten ein anderer Beweis nicht gegen ihn vorliege[234]. Und in der That ist nur dagegen etwas einzuwenden, dass man dem Richter die Pflicht, sich einseitig durch den belastenden Theil der Aussage gebunden zu erachten, nur unter der Bedingung abnehmen wollte, dass er sich einseitig durch den entlastenden binden lasse. Nach der hier vorgetragenen Ansicht von der Aussage des Angeklagten wird vom Richter nur zu verlangen sein, dass er beide Einseitigkeiten vermeide und sich Rechenschaft davon gebe, ob er nur einen Theil der Aussage glaubhaft finde oder das Ganze, dass er dem entlastenden Theil der-

---

him; still the jury may if they think proper believe one part of it and disbelieve another". Im anderen Falle aber lautete die Belehrung des Richters Bosanquet: „There is no doubt, that, if a prosecutor uses the declaration of a prisoner, he must take the whole of it together, and cannot select one part and leave another; and if there be either no other evidence in the case, or no other evidence incompatible with it, the declaration so adduced in evidence must be taken as true. But if, after the whole of the statement of the prisoner is given in evidence, the prosecutor is in a situation to contradict any part of it, he is at liberty to do so, and then the statement of the prisoner, and the whole of the other evidence must be left to the jury, for their consideration, precisely as in any other case where one part of the evidence is contradictory to another". Besieht man diese in die englischen Werke über Beweisrecht fast wörtlich übergegangene Belehrung, so zeigt sich freilich, dass die Worte, welche den Fall betreffen, wo die Erklärung des Angeklagten als wahr angenommen werden muss, zu weit gehen. Aber die Einschränkung liegt sofort in den folgenden Unterscheidungen, und Taylor sagt sich auch von diesen los, indem er die zutreffende Bemerkung macht: „Even whithout such contradiction it is not to be supposed that all the parts of a confession are entitled to equal credit. The jury may believe that part which charges the prisoner, and reject that which is in his favour, if they see sufficient grounds for so doing. If what he said in his own favour is not contradicted by evidence offered by the prosecutor, nor is improbable in itself, it will be naturally believed by the jury; but they are not bound to give weight to it on that account, being at liberty to judge of it like other evidence, by all the circumstances of the case".

[234] Dies klingt schon aus den in Anm 233 angeführten englischen Aeusserungen deutlich hervor; vgl. auch die oben Anm 229 angeführte Bemerkung von Klein. In einem in Hitzigs Zeitschrift IX 8 ff. angeführten Urtheil der Juristenfacultät Leipzig findet sich die auch von Bauer, Lehrbuch § 119 Anm d angenommene Bemerkung, es sei „in den Criminalrechten ein ausgemachter Grundsatz und eine in der Natur der Imputation begründete Regel, dass wenn Imputation und Strafe einzig und allein auf das Geständniss des Missethäters sich gründet, das Geständniss nach seinem ganzen Umfange als wahr angenommen, und nicht blos das, was zur Bestrafung dienet, ausgehoben, sondern auch das, was zur Minderung der Strafe gereicht, berücksichtigt werden muss". Carmignani, Teoria IV 146. 147 sagt von diesem Geständniss, es gleiche der Lanze des Achill, die „zugleich verwundete und heilte; es enthüllt den Urheber des Verbrechens und zeigt ihn zugleich mehr unglücklich als strafbar".

selben nicht lediglich deshalb schon den Glauben versage, weil er eine Aussage des Angeklagten zum eigenen Vortheil bilde, sondern auf die Prüfung der Frage eingehe, ob Gründe vorhanden seien, welche für die Wahrheit des gesagten sprechen.

Unter dieser Voraussetzung besteht gar kein Grund, sich für die Untheilbarkeit des Geständnisses auszusprechen, vielmehr fordert die Natur der Sache das Gegentheil; jede einzelne Thatsache bildet einen selbständigen Gegenstand der Prüfung und Ueberzeugung des Richters, und es besteht für ihn so wenig dem Angeklagten als dem Zeugen gegenüber nur die Alternative: alles anzunehmen oder alles zu verwerfen.

Man hat sich aber noch mehr vor einer Anwendung der Formel von der Untheilbarkeit des Geständnisses zu hüten, welche dem Angeklagten sehr gefährlich werden kann.

Die meisten Versuche zur Geltendmachung der Untheilbarkeit des Geständnisses beruhen nämlich auf der Verwechselung des beweismachenden Geständnisses einzelner Thatumstände mit dem Zugeständniss der Schuld, welches letztere man mit Hilfe willkürlich aufgestellter Vermuthungen, besonders der praesumtio doli, der Vermuthung der Tödtung des neugeborenen Kindes, dessen Geburt oder Tod verheimlicht ward, künstlich geschaffen hatte. Man hat in solchem Falle also eigentlich nur ein Geständniss, das einzelne Bestandtheile des Thatbestandes umfasst, während daneben andere ausdrücklich abgeleugnet oder doch nicht eingestanden sind. Bezüglich ihrer liegt also noch gar kein Beweis vor. Das Aufwerfen der Frage nach der Untheilbarkeit des Geständnisses erweckt hier die Gefahr, dass die an sich berechtigte Verneinung der Frage benutzt wird, nicht eingestandenes als durch Geständniss mit erwiesen zu behandeln. Man muss daher immer von neuem betonen, dass das Geständniss einer Thatsache die Beweiserfordernisse einer anderen gar nicht berührt. Die Frage, ob der Richter diese als wahr ansehen kann oder nicht, ist ganz ebenso in dem Falle zu beurtheilen, wo der Angeklagte andere Umstände gestanden hat, wie in dem, wo sie gegen ihn anderweitig erwiesen werden. Ob z. B. der Angeklagte vorsätzlich oder culpos gehandelt hat, dafür muss der Richter selbständige Ueberzeugungsgründe gewinnen, gleichviel ob der Angeklagte die That gesteht oder leugnet; gerade dies ist sehr oft verkannt worden, und die ganze Lehre vom dolus indirecte probatus ist auf Fälle beschränkt, wo der Angeklagte die That eingesteht, aber eben nur diese, während es doch klar ist, dass in solchem Falle der Richter das Vorhandensein des dolus genau aus denselben Umständen erschliessen kann und muss, auf deren

Prüfung er angewiesen wäre, wenn der Angeklagte auch die That leugnete. Bei richtiger Handhabung des Beweisrechtes wird daher der Richter in einem Falle, wo die That gestanden, der dolus geleugnet wird, weder glauben, dass er berechtigt sei, daraus ein Geständniss der Schuld zu construiren, noch dass er das Geständniss der Thäterschaft nicht benützen dürfe, wenn er nicht auch den Angaben des Angeklagten Glauben schenkt, die dieser über seine Willensrichtung vorbringt; noch wird er endlich sich für gezwungen halten, letztere völlig unbeachtet zu lassen. Vielmehr wird er auch diesen Theil der Angaben des Angeklagten auf ihren Beweiswerth prüfen, mit den sonstigen Umständen, welche auf die Willensrichtung des Angeklagten schliessen lassen, vergleichen und es davon abhängen lassen, ob er seine Ueberzeugung auf jene Angaben stützen könne oder nicht.

Aus vorstehendem ergiebt sich also:

a. die Aussage des Beschuldigten (auch die aussergerichtliche) ist untheilbar in dem Sinn, dass sie ihrem vollen Inhalte nach zur Kenntniss der Urtheiler kommen muss, soweit die Gefahr besteht, dass sonst der Sinn einer einzelnen Aeusserung falsch aufgefasst würde;

b. sie ist es auch in dem Sinne, dass der Urtheiler den Zusammenhang der Ereignisse, wie er in der Erzählung sich darstellt, ins Auge fassen muss, nicht aber, wenn ein Vorgang sich n u r so wie der Angeklagte ihn erzählt oder ganz anders zugetragen haben kann, l e d i g l i c h auf Grund des angeblichen Geständnisses das letztere annehmen darf; sie ist es

c. endlich in dem Sinn, dass der Richter auch die dem Angeklagten günstigen Bestandtheile seiner Aussage sich gegenwärtig halten und prüfen muss, ob nicht Gründe vorhanden sind, welche dafür sprechen, dass sie auf Wahrheit beruhen, und wenn diese ihn überzeugen, diese Angaben seiner Entscheidung zu Grunde legen muss;

d. dagegen ist sie n i c h t untheilbar in dem Sinn, dass das Geständniss einzelner Thatsachen dem Angeklagten ein Recht darauf giebt, dass entweder auch seine anderen Angaben für wahr gehalten oder jene nicht als durch Geständniss erwiesen angesehen werden; aber auch

e. nicht in dem Sinn, dass die materielle Beweislast in Bezug auf die nicht eingestandenen Thatsachen sich anders gestaltet, weil einzelne der Anschuldigungsthatsachen durch Geständniss statt durch andere Beweismittel erwiesen sind; natürlich schliesst dies nicht aus, dass aus den eingestandenen Thatsachen und aus der Glaubwürdigkeit oder Unglaubwürdigkeit der dem Geständniss beigefügten sonstigen Behauptungen beweistüchtige Folgerungen gezogen werden können, z. B. da, wo der Angeklagte, obgleich er die That gesteht und nur

den Vorsatz leugnet, ausser Stande ist, eine haltbare und glaubwürdige Darstellung des Herganges zu liefern, welche beide Angaben mit einander in Einklang bringt. So kann, wo der Angeklagte gesteht, die fremde Sache in Besitz genommen zu haben, die völlige Unglaubwürdigkeit seiner Behauptung, sie sei ihm geschenkt worden, jeden positiven Beweis der Entziehung wider den Willen des etwa inzwischen verstorbenen Eigenthümers entbehrlich machen.

2. Werden diese Grundsätze festgehalten, so kann die einst vielbesprochene Eintheilung des Geständnisses in ein reines oder unumwundenes (confessio pura) und ein beschränktes, qualificirtes (confessio limitata s. qualificata) keine Schwierigkeiten mehr bereiten [235].

---

[235] Der Ausdruck „qualificirtes Geständniss" war schon deshalb schlecht gewählt, weil er sich auch in einem ganz anderen Sinne verwenden liess und von Westphahl und Tittmann zur Bezeichnung eines umständlichen und in jeder Hinsicht vollgiltigen Geständnisses, der confessio vestita im Gegensatz zur confessio simplex, gebraucht wird (Martin § 80 Anm 18. Henke, Handbuch IV 486 Anm 1). Auch sonst ist über den zulässigen Umfang des Ausdruckes viel gestritten worden, s. z. B. Bauer, Lehrbuch § 117, der aber später, Abhandlungen II 285. 294, das Fundament seiner Unterscheidung aufgab und den Ausdruck ganz verwarf. Im allgemeinen handelt es sich eigentlich doch immer nur um die zwei Hauptfälle: dass das Geständniss nicht alle Gegenstände des Anschuldigungsbeweises umfasst, sondern mit Behauptungen vermischt ist, welche der Ableugnung (und zwar der umständlichen, denn nur diese berechtigt zum Gebrauch des Ausdruckes „qualificirt") eines der Thatbestandsmerkmale gleichkommen, — oder dass das Geständniss ein vollständiges ist, dem jedoch die Behauptung des Vorhandenseins einer strafrechtlichen Einrede beigemischt ist. Im ersten Falle begründet das Geständniss nur einen extensiv-unvollkommenen Beweis, soweit nicht die zugestandenen Thatsachen extensiv-vollkommenen Beweis eines geringeren Delictes begründen; im letzten Fall stand man vor der Frage der materiellen Beweislast, welche man durch die Hinweisung auf die formelle Pflicht des Richters, die Wahrheit zu erforschen, erledigen zu können meinte. — Reyscher in seiner angeführten Dissertation zählt folgende Fälle auf, welche unter den fast von jedem Autor anders gewählten und abgegrenzten Bezeichnungen (Stübel stellt neben einander die Ausdrücke: bedingtes, eingeschränktes, umwundenes, vergesellschaftetes, qualificirtes Bekenntniss) berücksichtigt zu werden pflegten: I. Leugnen des objectiven Thatbestandes, unter Einräumung der zur Begründung eines geringeren Delictes ausreichenden Thatbestandsmerkmale; II. Geständniss des objectiven Thatbestandes 1. unter Bestreitung des Schuldmomentes an sich, 2. unter Geltendmachung positiver die Schuld ausschliessender Gründe (ex singularibus quibusdam, vel per totam vel ex parte, crimen purgantibus causis non esse crimen aut certe non illud ipsi objectum: Nothwehr, Nothstand, Betretung des Getödteten beim Ehebruch, Einwilligung des Getödteten u. s. w.); III. Geständniss des gesammten objectiven und subjectiven Thatbestandes unter Behauptung von der That nachgefolgten Umständen, welche die Strafbarkeit aufheben oder mildern. — Bauer a. a. O. S 287 ff. unterscheidet folgende Fälle: I. Das Geständniss ist ein eigentliches, d. h. die „Erklärung, dass

Man muss vor allem daran festhalten, dass das Geständniss Beweismittel ist, daher nur so weit in Betracht kommt, als es dem Richter die Ueberzeugung von der Wahrheit gewisser Thatsachen verschaffen kann, — dass dagegen eine Willenserklärung des Beschuldigten, vermöge deren er die Schuld eines bestimmten Delictes auf sich nimmt, nicht in Betracht kommt, und dass daher aus dem Umfang und den rechtlichen Bedingungen der Anklage nicht eine Folgerung gezogen werden kann, welche das Geständniss durch Hinzufügung der nicht ausdrücklich zugegebenen Thatumstände ergänzt, den zugegebenen Umständen juristische Qualitäten beilegt, die nicht in ihnen liegen oder gar ausgeschlossen wurden, — dass endlich die Frage nach der materiellen Beweislast, die nach Rechtsgrundsätzen[236] sich richtet,

er das Verbrechen, dessen er beschuldigt wird, begangen habe"; dies bildet, sofern allen Bedingungen der Rechtsgiltigkeit des Geständnisses entsprochen ist, einen extensiv und intensiv vollständigen Anschuldigungsbeweis, neben welchem nur das Vorbringen von „Einreden, durch welche die Strafbarkeit gemindert wird", denkbar ist (da wenn der Beschuldigte den Mangel eines Thatbestandsmerkmales vorschützte, kein eigentliches Geständniss vorliege); dadurch wird aber weder der Umfang des Geständnisses beschränkt, noch dessen Beweiskraft geschwächt: II. Das Geständniss bildet nur einen extensiv-unvollständigen Beweis, weil es nur einen Theil der Merkmale des Delictes umfasst; bezüglich der übrigen genügte dann blosses Ableugnen, wenn es sich um ein Merkmal des besonderen Thatbestandes handelt; dagegen wird mehr als dieses, nämlich „die Angabe und Nachweisung eines besonderen Grundes der Abwesenheit des nicht eingestandenen Merkmales erforderlich sein" 1. „bei Ableugnung der Zurechenbarkeit der Handlung, 2. bei Ableugnung der Rechtswidrigkeit derselben": hier handle es sich um Ableugnung eines zum allgemeinen Thatbestand der Verbrechen überhaupt (!) erforderlichen Merkmals, um einen „Mangel, der auf ganz besonderen, aus der That selbst sich nicht ergebenden Gründen beruht", in deren dem Angeschuldigten obliegenden Anführung die Vorschützung einer Einrede liege, deren Wahrheit der Richter zu erheben hat, und — die Entscheidung hängt dann davon ab, ob das Dasein oder das Nichtdasein der Thatsache sich herausstellt (darüber, was zu geschehen hat, wenn sie zweifelhaft bleibt, spricht Bauer sich nicht aus).

[236] Es ist daher unrichtig, wenn Schauberg a. a. O. S 67 meint, es sei „im Criminalprozess eine gesetzliche und daher formelle Beweistheorie die Voraussetzung des ganzen Begriffes" des qualificirten Geständnisses. Vielmehr handelt es sich wesentlich um die Lehre von der Beweislast bezüglich strafrechtlicher Exceptionen, welche mit der Frage des Geständnisses verquickt wurde, weil thatsächlich die ausdrückliche Vorbringung solcher Einreden fast nur in Verbindung mit dem Geständniss der That erfolgt. Dazu kam allerdings das Gefühl der Unbilligkeit, welche in der Nichtberücksichtigung des dem Angeklagten günstigen Theils seiner Aussage neben Annahme des ungünstigen liegt, und der Widerstreit zwischen dem Versuche, diese Unbilligkeit auszugleichen, und den dagegen gerichteten theils rein logischen, theils aber auf willkürliche Präsumtionen sich stützenden Unterscheidungen ist die Hauptursache der auftauchenden Meinungs-

welche mit der Beweistheorie in keinem Zusammenhange stehen, eben darum die gleiche bleibt, gleichviel ob ein Theil der Thatsachen durch

---

verschiedenheiten in der Sache, zum Unterschied vom Streit über die Benennungen. Man braucht, um sich davon zu überzeugen, sich nur an einige der Schriftsteller zu halten, die letzterem fernstehen und die in den verschiedensten Epochen zu finden sind. Schon Clarus (l. V § fin. qu. 55 Nr 15) setzt der confessio absoluta et pura die confessio cum aliqua qualitate adjecta entgegen und bezeichnet es als die von Bartolus gegründete, herrschende Lehre, das Geständniss dürfe nicht theils angenommen, theils verworfen werden, ausgenommen ubicumque confitens habet praesumtionem contra se . . . Homicida, qui confessus est, hominem occidisse ad sui defensionem, habetur perinde ac si confessus fuisset simpliciter homicidium sine illa qualitate, nisi illam probet. (Freilich ertheilt dann Clarus selbst dem Beschuldigten, der sich auf Nothwehr berufen will, den Rath, zu leugnen subjiciendo: Et si id feci, feci ad mei defensionem, quae quidem responsio admittitur et pro pura negativa habetur.) Mathäus dagegen (qui cunctis semper anteferendus est, sagt gerade in Bezug auf diese Materie Renazzi von ihm) ist l. c. Nr 20, indem er denselben Fall als den der Regel hinstellt, scheinbar der strengsten, in Wahrheit aber schon einer viel milderen Ansicht: Causam hic nullam video, quominus dividi confessio possit, nec amplius quaeratur, an caedem fecerit reus, sed an fecerit dolo malo. Nec tamen onus omne probandi injungatur reo sed et accusator probabit dolo factam; et contra reus, jure factam; puta defendendi sui gratia. Ueber die Jahrhunderte hinwegschreitend, finden wir die Sache vom entgegengesetzten Standpunkt gefasst in folgender Auseinandersetzung von Grolman (§ 443), die so klar und so treffend ist, als beim Festhalten an der praesumtio doli nur irgend möglich war: „Ist dem Geständnisse eine Behauptung oder Einschränkung beigefügt, welche die Tendenz hat, die nachtheiligen Folgerungen aus demselben ganz oder zum Theile aufzuheben (confessio qualificata), so wird zwar dadurch an der Beweiskraft des Geständnisses in Ansehung der Punkte, auf welche es sich bezieht, nichts geändert, wohl aber kann alsdann die beigefügte, dem Angeschuldigten vortheilhafte Behauptung oder Einschränkung, mitunter selbst ohne allen Beweis des Angeschuldigten, ihren Zweck erreichen. Es kommt nämlich alsdann darauf an, ob in der beigefügten Behauptung oder Einschränkung im Grunde eine Ableugnung solcher Punkte liege, ohne deren bewiesenes Dasein die Anschuldigung als gar nicht oder doch als nicht vollständig gegründet erscheinen würde, oder ob die beigefügte Behauptung ein Berufen auf solche Thatsachen enthalte, ohne deren erwiesenes Dasein die Anschuldigung als vollkommen gegründet betrachtet werden müsste" (Hinweisung auf die praesumtio doli). „In dem ersten Falle ist die Anschuldigung, insoweit ihr jene Ableugnung entgegensteht, nicht eher begründet, bis der Beweis der Unrichtigkeit der Ableugnung erbracht ist, in dem zweiten Falle dagegen muss zwar, weil die Untersuchung mit gleicher Vollständigkeit das Dasein der Vertheidigungsgründe zu prüfen hat, die Aufsuchung der Erkenntnissgründe für die Wahrheit der beigefügten Behauptung Gegenstand der Untersuchung werden, die Anschuldigung bleibt aber begründet, wenn diese Erkenntnissgründe nicht dem Richter gegeben oder von demselben aufgefunden werden, auch wenn sich keine Erkenntnissgründe für die Unrichtigkeit der Behauptung auffinden lassen sollten". Von der gleichen Unterscheidung geht nahezu 40 Jahre später Henke (IV 483—485) aus, sichtlich selbst an Grolmans Worte

Geständniss oder auf andere Art bewiesen ist. — Die Aussage des Angeklagten wird daher

a. entweder nicht alle Thatbestandsmerkmale umfassen, und dann wird der Urtheiler zu untersuchen haben, ob über letztere anderweitiger Beweis vorhanden ist oder nicht, und allenfalls, ob aus der Gewissheit der eingestandenen Thatsachen die der nicht eingestandenen gefolgert werden könne; die Zulässigkeit dieser Folgerung hängt nur von der Gewissheit jener Thatsachen, nicht von der Art, wie sie erlangt wurde, ab;

b. oder die Aussage des Beschuldigten enthält Behauptungen oder auch nur Andeutungen positiver Thatsachen, welche die strafrechtliche Beurtheilung der eingestandenen Thatumstände zu modificiren geeignet sind. In dieser Hinsicht ist dreierlei sorgfältig auseinanderzuhalten:

aa. Die formelle Beweislast, d. h. die Pflicht des Richters, die vom Angeklagten auch nur angedeuteten Beweise, sofern sie sich

---

anknüpfend. Nur bezeichnet er den zweiten Fall als den der Behauptung einer Einrede, betont das Untersuchungsprincip, nach welchem auch der sog. Einredebeweis „dem Richter ebensowohl wie dem Angeschuldigten selbst obliege“, erörtert dann die Folgen der vollen Aufklärung des zu Grunde liegenden thatsächlichen Verhältnisses und spricht — was sonst regelmässig übergangen wird — auch von dem Fall, wo die hierauf gerichteten Bemühungen des Richters ohne vollständigen Erfolg bleiben, „so dass weder die Wahrheit noch die Unwahrheit der vorgeschützten Thatsache dargethan wird“, — „so wird doch theils die eigenthümliche Beschaffenheit derselben, theils ihre Beziehung und ihr Verhältniss zu den eingeräumten Thatumständen wenigstens eine Wahrscheinlichkeit oder aber Unwahrscheinlichkeit derselben begründen, die durch die Bemühungen des Richters, die Wahrheit aufzuklären, vielleicht noch verstärkt wird, so dass dann die — weiter unten näher zu bestimmenden — Wirkungen eines für oder aber wider den Angeschuldigten geführten unvollständigen Beweises eintreten können“. Werfen wir noch einen Blick auf die neueren Gesetze, so stehen sie ebenfalls mit dieser Unterscheidung im Einklang. Die preussische CGO § 373 lässt im Falle der Beifügung einer Bestimmung, „welche die Eigenschaft des Verbrechens ganz aufhebt oder mildert“, „die Kraft des Geständnisses von der Wahrheit oder Wahrscheinlichkeit der beigefügten Bestimmung abhängen“. Ebenso ist im Artikel 301 Abs. 2 der württemb. StPO v. 1843 der Fall behandelt, wo sich der Angeschuldigte bei dem Bekenntnisse auf eine besondere „die Strafbarkeit aufhebende oder mildernde Thatsache berufen hat“, — „so kommt ihm eine solche Einrede zu statten, wofern dieselbe genügend unterstützt ist“; vgl. hiemit Art. 290 dieser StPO und die Darstellung der Entstehungsgeschichte des Textes bei Holzinger S 732—736. Die Commission der Abgeordnetenkammer wollte den hier erörterten Fall ganz dem im ersten Absatz behandelten gleichstellen, wo im Falle der Ableugnung eines Theiles „dessen, was zur Anschuldigung gehört“, das Geständniss nur mit dieser Beschränkung gilt, „so lange die Unwahrheit der letzteren nicht ausser Zweifel gestellt ist“.

nicht als ganz unerheblich darstellen, zu erheben und ihr Ergebniss zu berücksichtigen, unbeschadet des oben S 102. 103 über die factische Beweislast gesagten.

bb. Die materielle Beweislast, d. h. die Frage, was zu geschehen hat, wenn eine bestimmte Ueberzeugung über die Wahrheit der vom Angeklagten behaupteten Thatsachen trotz sorgfältiger Beweisaufnahme nicht zu gewinnen ist, eine Frage, welche nach den oben S 85 ff. dargestellten Grundsätzen zu beurtheilen ist, und zwar gleichviel, ob der Angeklagte die That an sich gesteht oder leugnet.

cc. Die Frage, ob der Angeklagte nur Parteibehauptungen vorbringt oder Aussagen über die ihm günstigen Thatumstände ablegt, und in wie fern diese Aussagen die Grundlage richterlicher Ueberzeugung zu bilden geeignet sind? Nur diese letztere Frage gehört hieher, und sie findet ihre Beantwortung in dem früher gesagten.

3. Der Widerruf[237] des Geständnisses muss natürlich unrichtig beurtheilt werden, wenn man in ersterem einen Willensakt des Angeklagten sieht, womit er das dem Ankläger oder dem dessen Geschäft besorgenden Inquirenten gemachte Zugeständniss, die ebenfalls einen blossen Willensakt darstellende Unterwerfung unter die Anklage, zurücknehmen zu wollen erklärt, — oder wenn man im „vollgiltigen Geständniss“ im Sinne der gemeinrechtlichen Beweistheorie

[237] Clarus lib. V § fin. quaest. 55 Nr 18. (Die Anführung von Nr 17 in Zachariäs Grundlinien dürfte auf einem Druckfehler beruhen, der sich in der genfer Ausgabe v. 1666 findet; unrichtig ist aber auch die Angabe, dass Clarus nur für zulässig gehalten, si velit reus docere confessionem fuisse erroneam et errorem probare. Vielmehr lässt Clarus nicht blos zu, dass der Angeklagte nachträglich das Geständniss abschwäche, mit dem Vorbehalt, non autem illam perimat et porsus enervet, — sondern er lässt die Beschränkungen des Widerrufes nur gelten in confessione facta sponte vel ratificata extra torturam. Carpzov. qu. 126 Nr 13—16. 39 ss. Quistorp § 687. Grolman § 445. Kleinschrod im AA IV St. 4 S 119 ff., im NA IV 194 ff. Stübel, Criminalverf. §§ 756 bis 784b. Tittmann, Geständniss S 48 ff. Martin § 81. Müller § 103 S 217 ff. Abegg § 123. Mittermaier, Beweis § 37 S 279 ff. Derselbe, Strafverfahren § 166, II 366 ff. Jagemann, Untersuchungskunde §§ 426 ff. Hitzigs Zeitschrift X 264, Biblioth. des peinl. Rechts I Heft 3 S 228 ff. Zachariä, Grundl. S 210—213. Derselbe, Handb. II 438. 439. Economu § 15. Preuss. CGO §§ 377—381. Bayer. StG v. 1813 § 273. 274. Oesterr. StGB v. 1803 § 402 (Jenull IV 19. 20. Kitka, Beweislehre S 98 ff.). Badische StPO v. 1845 § 253. Württ. StPO v. 1843 Art. 302 (s. Holzinger S 737 ff.). Oesterr. StPO v. 1853 § 267 (Rulf II 77. 78). Frydmann S 198—200; daselbst Beispiele von widerrufenen Geständnissen, ebenso bei Schaper in GA 1866 S 262 Anm 1.

ein seines Erfolges sicheres Beweismittel sieht, das „rechtliche Gewissheit“ herstellt, gewissermaassen ein Gebäude, das erst völlig wieder abgetragen werden muss, ehe für eine entgegengesetzte Annahme Raum gewonnen wird. Auch muss es umgekehrt eine ganz besondere Wirkung dann üben, wenn man entweder die „Beharrlichkeit“ als eine der positiven Bedingungen der Beweiskraft des Geständnisses ansieht[238], oder wenn gesetzliche Bestimmungen ausdrücklich nur ein wiederholtes Geständniss für ausreichend erklären[239] und daher eigentlich schon ein stillschweigender Widerruf, die Nichtwiederholung des Geständnisses, die Sachlage ändert. Letzterer Gesichtspunkt tritt sogar im neuesten Recht mit verstärkter Bedeutung hervor, insofern zu erörtern ist, wie sich die Erklärung des Angeklagten in der Hauptverhandlung, namentlich aber sein Schweigen, zu den früher abgelegten Aussagen verhalte.

Im übrigen ist vom Standpunkt des heutigen Beweisrechts folgendes maassgebend:

Unter der Voraussetzung, dass ein Geständniss vorliegt, welches an sich geeignet ist, richterliche Ueberzeugung zu begründen, trifft den Angeklagten zwar nicht die materielle, aber die factische Beweislast: es genügt für ihn, dass die Beweiskraft des Geständnisses erschüttert ist; allein dies herbeizuführen hat der Angeklagte ein thatsächliches Interesse (oben S 102. 103). Der Widerruf ist nun entweder eine blosse Parteibehauptung (einfache Bestreitung der Wahrheit der eingestandenen Thatsache) oder eine neue Aussage. Im ersteren Falle wird er Beachtung und Erfolg nur unter den gleichen Vor-

---

[238] Stübel, Criminalverf. §§ 776 ff. Maassgebend ist für diese Anschauung der doppelte geschichtliche Grund: Nothwendigkeit der Wiederholung des auf der Folter abgelegten Geständnisses in nicht unmittelbar durch die Folter beeinflusstem Zustande und die geschichtliche Entwickelung der Gliederung des Verfahrens, wonach in der Specialinquisition und beim endlichen Rechtstag das Bedürfniss erneuerter Entgegennahme des Geständnisses fühlbar ward.

[239] Art. 162 des bayerischen StG v. 1813 bezüglich des im summarischen Verhör abgelegten Geständnisses, und eventuell noch Art. 169 bezüglich des im ersten ordentlichen Verhör abgelegten. Im Gegensatz hiezu erklärt das sächsische Mandat v. 17. April 1810, dass der Widerruf das gerichtliche Geständniss nicht aufhebe oder schwäche, „es mag dieser Widerruf bei der Vernehmung über Artikel oder zu irgend einer anderen Zeit geschehen“. Die ältere österr. Gesetzgebung (Hofdecret v. 14. Sept. 1804 — s. dieses und eine Reihe weiter unterscheidender Verordnungen bei Maucher, System. Handbuch des österr. Strafges. über Verbrechen III Nr 1236 ff.) sprach nur dem „bei der politischen Obrigkeit abgelegten, bei dem Criminalgerichte aber sodann widerrufenen Geständniss“ die Kraft eines rechtlichen Beweises ab. S. auch Jenull IV 19, welcher übrigens auch von der „Weigerung der Bestätigung“ spricht.

aussetzungen haben können, unter welchen überhaupt ein Gegenbeweis gegen den Anschuldigungsbeweis stattfindet: es wird Sache des Angeklagten sein — die factische Beweislast, die er trägt, zwingt ihn —, Thatsachen und Beweise anzugeben, durch deren Erhebung die Unwahrheit des durch das Geständniss scheinbar erwiesenen dargethan würde. Es ist auch denkbar, dass auf diesem Wege die Beweiskraft des Geständnisses unmittelbar angegriffen wird, wenn nämlich behauptet wird, das Geständniss sei unrichtig ausgelegt.

In der Regel dagegen wird es zum mindesten einer Verbindung von Behauptungen und Aussagen bedürfen, um zu verhindern, dass das abgelegte Geständniss die Ueberzeugung des Richters erobere. Die Tendenz dieser Beweisführung kann nun ebenfalls nur dahin gehen, entweder zu zeigen, dass die scheinbar vorhandenen Voraussetzungen der Beweiskraft des Geständnisses nicht vorliegen, oder einen von dem im Geständniss angegebenen verschiedenen Sachverhalt als den wahren hinzustellen. Dies kann nun in folgender Art geschehen:

a. der Angeklagte bestreitet, dass er das Geständniss abgelegt habe, dass das, was als sein Geständniss angeführt wird, den Wortlaut und Sinn dessen wiedergebe, was er gesprochen hat (besonders wichtig für aussergerichtliche Geständnisse);

b. der Angeklagte bestreitet zwar nicht die Richtigkeit der in dem Zeugniss über das Geständniss bestätigten Thatsache, dass er dieses abgelegt habe; allein er behauptet, dass ihn dabei ein Motiv geleitet habe, dessen Einwirkung den Beweiswerth des Geständnisses vernichtet (Zwang, listige Versprechungen u. s. w.), oder es habe wenigstens das Verhältniss nicht obgewaltet, welches den positiven Grund für die Beweiskraft des Geständnisses abgiebt: er habe nicht das Bewusstsein der strafgerichtlichen Verantwortlichkeit gehabt, welche er sich durch das Geständniss auferlegte;

c. er behauptet das Vorhandensein anderer bestimmter Thatsachen, welche bewirkten, dass er die Wahrheit nicht sagen wollte (s. oben S 326 ff.) oder nicht sagen konnte (Irrthum über das thatsächliche, Verwechselung von Aussage und blossem Zugeständniss);

d. er stellt der früher abgelegten Aussage — gleichviel ob unter gleichzeitiger Erklärung derselben — eine neue gegenüber.

Alle diese Angriffe können wider das Geständniss in seiner Gänze oder wider einzelne Theile desselben gerichtet sein. Sie haben zur Folge, dass das zu ihrer Begründung vorgebrachte, so weit als möglich, geprüft und dass gesucht werden muss, eine von der Aussage des Beschuldigten unabhängige Grundlage für die Bildung einer

Ueberzeugung über die zur Unterstützung des Widerrufs vorgebrachten Thatsachen zu gewinnen. Haben diese Bemühungen nur ein negatives Ergebniss, so bleibt natürlich der Beweiswerth des Geständnisses genau auf derselben Stufe, auf welcher er sich vor dem Widerrufe befand, ja dieser führt zu der Annahme, dass der Angeklagte, trotzdem er sein äusserstes gethan, dasselbe nicht abzuschwächen vermochte, und insofern zu einer Erhöhung des Beweiswerthes des Geständnisses.

Bleiben sie nicht völlig ergebnisslos, so muss man sich vor Augen halten, dass es sich nicht um die Frage handelt, ob das Geständniss aufrecht steht oder hinfällig wird [240], sondern ob die Anschuldigungsthatsachen dadurch zu jener Gewissheit erhoben sind, welche die Voraussetzung der Verurtheilung ist. Tritt an die Stelle der Gewissheit der Zweifel, so ist der Zweck des Widerrufes erreicht, die Verurtheilung auf dieser Grundlage unmöglich geworden.

Der Zweifel kann aber sich zunächst an die Form oder unmittelbar an den Inhalt der Aussage des Angeklagten heften. Im ersten Fall kann er dahin führen, dass eine Aussage als Gegenstand weiterer Prüfung überhaupt nicht mehr übrig bleibt (wenn bewiesen ist, dass die Aussage gar nicht abgelegt wurde, dass sie dem Angeklagten nicht blos aufgenöthigt oder abgelockt, sondern zugleich auch eingegeben wurde, — endlich wenn solche beirrende Motive oder solche Formverletzungen bei der Entgegennahme der Aussage oder deren Wiedergabe mitwirkten, dass jede Verlässlichkeit derselben entfällt, oder dass aus Gründen der öffentlichen Ordnung und des sittlichen Anstandes von ihr überhaupt kein Gebrauch gemacht werden darf). Es kann sich aber auch herausstellen, dass die aus der Person und Prozessstellung des Angeklagten abgeleitete Vermuthung, dass sein Geständniss nur Wahrheit enthalte, sich als unhaltbar erweist. In diesem Falle bleibt aber immer noch die Aussage selbst als ein Gegenstand kritischer Untersuchung übrig, und sie

[240] Milder ausgedrückt kommt es doch auf dasselbe hinaus, wenn gesagt wurde, die durch das Geständniss begründete Vermuthung könne nur „durch eben so starke Gegengründe aufgehoben werden". Tittmann, Geständniss S 50. 51, im Gegensatz zu Kleinschrod und Klein, welche wenigstens jedes nicht durch äussere Umstände bekräftigte Geständniss als hinfällig ansehen, sobald die Thatsache des Widerrufes eintritt. — Welche Bedeutung übrigens Tittmann selbst dieser blossen Thatsache beilegt, ergiebt sich aus dem Rath, den er ertheilt (S 65), dem Beschuldigten jene Theile des Urtheils vorzuenthalten, durch welche seine leugnenden Genossen freigesprochen oder zu gelinderer Strafe verurtheilt werden, überhaupt ihm Thatsachen zu verheimlichen, welche ihn zum Widerruf verleiten könnten (z. B. den Tod von belastenden Zeugen).



kann aus ihrem inneren Zusammenhange, aus der Uebereinstimmung ihrer wichtigsten Bestandtheile mit anderweitig bewährten Thatsachen, namentlich wenn diese dem Angeklagten nicht anderweitig eingegeben sind und nur unter der Voraussetzung der Wahrheit auch anderer Theile seiner Aussage ihm bekannt sein konnten, eine Beweiskraft schöpfen, welche die verloren gegangene formelle Grundlage reichlich ersetzt. Umgekehrt muss es dagegen, gleichviel ob die formelle Grundlage der Aussage angefochten ist oder nicht, ernste Zweifel an der Richtigkeit der ganzen Aussage erregen, wenn sich herausstellt, dass sie Thatumstände enthält, die nicht wahr sind, und deren Angabe nicht etwa aus einem die übrigen Theile nicht mitberührenden Motiv oder Irrthum erklärt werden kann; es wird dann vom übrigen nichts aufrecht erhalten bleiben können, was nicht der achtsamsten Prüfung Stand hält.

Die gleiche Kritik muss dann auch geübt werden, wenn der Angeklagte sich auf den Widerruf oder die formelle Bestreitung der Aussage nicht beschränkt, sondern seiner früheren Erzählung eine andere entgegensetzt. Hier tritt der gleiche Fall ein, wie wenn überhaupt eine Auskunftsperson ihre Aussagen im Laufe des Verfahrens verändert; gewiss wird die nächste Vermuthung für diejenige Erzählung sprechen, zu welcher sich der Aussagende unter Umständen entschloss, welche am ehesten voraussetzen lassen, dass er geneigt oder entschlossen war, die Wahrheit zu sagen, und der späteren oder ihm günstigeren nur dann zu glauben sein, wenn aufgeklärt ist, warum er früher oder bei der anderen Gelegenheit anders ausgesagt hat[241]. Das Hauptgewicht wird aber auch hier auf die Kritik der beiden Aussagen gelegt werden müssen (vgl. oben S 260. 266). Allein um diese Kritik handhaben zu können, und selbst um die bestrittene formelle Grundlage des Geständnisses untersuchen zu können, bedarf es einer Beachtung der Gesammtheit der Aussagen des Angeklagten, wie sie ganz unmöglich wäre, wenn man an der strengen Sonderung dessen, was darin Geständniss ist, vom übrigen festhalten würde; und in der That hat man daher diese bei der Frage des Widerrufes auch dann stets aufgegeben, wenn man bei der unwiderrufenen Aussage daran fest hielt[242]. Der innere Widerspruch, der hierin liegt, ist aber auffallend,

---

[241] Namentlich wird das Bekanntwerden der strafrechtlichen Bedeutung eines Thatumstandes, wenn es mit der Wendung der Aussage über denselben zusammenfällt, einen Schluss auf die Motive der letzteren gestatten. Tittmann a. a. O. S 65.

[242] Die Nichtbeachtung des Unterschiedes zwischen Parteibehauptung und Aussage des Angeschuldigten tritt deutlich hervor, wenn Mittermaier, Beweis S 280. 281 sagt: „Wenn der Angeschuldigte ein mit allen Erfordernissen versehenes,

da einander widerstreitende Angaben ebenso gut in demselben Verhöre abgelegt werden können wie bei zeitlich von einander gesonderten Vernehmungen [243].

Dritte Abtheilung.

Sachliche Beweise und persönliche Vermittelung ihrer Benutzung.

§ 10. Sachliche Beweismittel.

I. Unendlich mannichfaltig sind die Beweisgründe, die sich aus sachlichen Beweismitteln ergeben können; schon darum ist es unmöglich, bezüglich aller in eine Erörterung des Beweiswerthes und der materiellen Bedingungen ihrer Beweiskraft und Glaubwürdigkeit einzugehen; dies ist aber auch überflüssig, weil in dieser Hinsicht dieselben Grundsätze gelten müssen, welche bei der Benutzung von persönlichen Beweismitteln für die Darthuung der gleichen Beweisgründe gelten [244]. Nur in Bezug auf die Beweisführung

völlig giltiges Geständniss widerruft, so muss die Regel entscheiden, dass durch eine spätere einseitige, blos zum Vortheile des Angeschuldigten gereichende Erklärung desselben ein einmal gelieferter vollständiger Beweis nicht umgestossen werden kann. In jedem Widerrufe liegt aber eine solche günstige Erklärung desselben; so wenig diese nun, wenn sie unabhängig vom Widerruf vorgekommen wäre, dem Angeschuldigten hätte nützen können, da niemand Glauben verdient, wenn er zum eigenen Vortheile aussagt, ebenso wenig kann sie jetzt in der Einkleidung in den Widerruf nützen, um den vorhandenen Beweis zu zerstören. Es kommt nur darauf an, welche Gründe der Angeschuldigte zur Bestärkung seines Widerrufs anführt. Die Wahrscheinlichkeit und das Gewicht dieser Gründe allein kann dem Widerrufe Nachdruck geben". Genügt aber Wahrscheinlichkeit, um die Fundamente des Geständnisses zu erschüttern, genügt es nicht minder, wenn sie der abweichenden Erzählung zur Seite tritt, so dass sie die im widerrufenen Geständniss liegende ebenfalls auf die Stufe der blossen Wahrscheinlichkeit herabdrückt: so muss man doch anerkennen, dass solche Wahrscheinlichkeit durch die Aussage des Angeklagten, trotz alles Misstrauens, mit dem sie aufzunehmen ist, unter Umständen begründet werden könne.

[243] Die preuss. CGO § 377 lässt „in dem Fall, wo der Beschuldigte mehrere Geständnisse ablegte", dasjenige gelten, „welches durch wahr befundene Umstände am meisten unterstützt ist". Damit ist aber nur eines der möglichen Kriterien einer Aussage berücksichtigt, und insbesondere nicht ihr innerer Zusammenhang.

[244] Vgl. Glaser, Handb. § 54. — Bentham Buch III Kap. 2—6 und nach ihm Best § 199 ss., welche die sachlichen Beweismittel auch nach der Richtung des

nehmen die sachlichen Beweismittel eine ihnen eigenthümliche Behandlung in Anspruch. Diese ihre Eigenart beruht auf folgendem:

Die mündliche Aussage ist eine geschichtliche Thatsache, die sofort in einem gewissen Sinne unwiderruflich der Vergangenheit verfällt; diese Thatsache kann mündlich oder schriftlich bezeugt werden, aber das ändert nichts daran, dass es nicht unbedingt sicher ist, dass sie genau so, wie sie sich zutrug, zur Kenntniss des Urtheilers kommt. Umgekehrt, wenn sie sich unmittelbar vor letzterem zuträgt, ist sie keine unbedingt abgeschlossene Thatsache; sie ist der Modification durch Zusätze, Widerruf, Erläuterung unterworfen, welche wieder das Ergebniss der verschiedenartigsten der Enthüllung der Wahrheit bald förderlichen, bald abträglichen Einwirkungen sein können. Im Gegensatz dazu trägt das sachliche Beweismittel den Charakter (relativer)

Beweisgrundes erörtern, gerathen in Folge dessen in eine Darstellung des aus sachlichen Beweismitteln abgeleiteten Indicienbeweises. Bentham beginnt mit folgender Aufzählung der Arten sachlicher Beweise: „1. Corpus delicti, Zustand der Sache, welche der Gegenstand des Verbrechens gewesen. Dies begreift nicht nur die Sachen im eigentlichen Sinne, sondern auch die Personen, sofern sie zu der Classe der Sachen gehören, d. h. ihren physischen Zustand, ohne Rücksicht auf die geistigen Fähigkeiten; wie in dem Falle von Malen, hervorgebracht durch Krankheit oder äussere Gewalt. 2. Früchte des Verbrechens. 3. Werkzeuge, angewandt zur Ausführung des Verbrechens. 4. Materialien, bestimmt, zum Verbrechen zu dienen. 5. Behältniss dessen, was das corpus delicti gewesen. 6. Umgebende Körper, die irgend eine Veränderung des äusseren in Folge des Verbrechens erlitten haben. 7. Sachen, dienend zur Individualisirung des Verbrechers, indem sie von ihm gebraucht oder besessen worden sind. 8. Besitz von Sachen oder Schriften, die anschuldigende Beweise liefern". Ist auch in dieser Aufzählung das corpus delicti mit erwähnt, so tritt es doch schon hier und noch mehr in der folgenden Darstellung der „schwächenden Thatsachen, die auf alle sachlichen Beweise anwendbar sind", der „Dunkelheit der sachlichen Beweise und der zu ihrer Aufklärung nöthigen Vernehmung" u. s. w. zurück. In noch höherem Grade ist die Darstellung Bests eine Darstellung der anschuldigenden und entschuldigenden Wirkung des sachlichen Indicienbeweises (circumstantial real evidence). Beachtenswerth ist dabei namentlich die Uebersicht der verschiedenen beweisschwächenden Momente, welche solchen Beweisen am häufigsten gegenübertreten (infirmative hypotheses affecting real evidence). Die den Beweisgrund scheinbar bildenden Erscheinungen können nach ihm herbeigeführt sein: 1. Durch Zufall und die keine Verantwortlichkeit begründende Thätigkeit Dritter. 2. Durch vorsätzliche Fälschung seitens eines Dritten, welche wieder ihren Grund haben kann a. in der Absicht, Verdacht von sich abzulenken, sei es begründeten oder unbegründeten (z. B. die bekannte Erzählung in Tausend und Einer Nacht, wo die Leiche von Haus zu Haus über die Dächer befördert wird); b. in der Absicht, dem Angeklagten fälschlich Verdacht zuzuziehen; c. aus Scherz u. dgl. 3. Durch unsträfliche Thätigkeit des Angeklagten (z. B. Blutflecken, die er sich bei Auffindung des von einem anderen verwundeten zuzog, redlicher Erwerb gestohlener Sachen u. dgl.).

Unabänderlichkeit. Allerdings können auch Sachen vorsätzlichen und unvorsätzlichen Veränderungen unterliegen und in sehr vielen Fällen verhindert dies sogar die unmittelbare Benutzung derselben als Beweismittel; aber selbst wo solche Veränderungen möglich sind, werden sie wenigstens nicht leicht unbemerkt bleiben, oft auch verhindert werden können; und es kann daher hier regelmässig auf dasjenige gerechnet werden, worauf beim persönlichen Beweismittel von vornherein verzichtet werden muss, dass es genau in der Gestalt, in welcher es zunächst den Strafbehörden bekannt ward, auch den in der Hauptverhandlung urtheilenden zukommen werde. In letzterer aber kann es immer erneuter Prüfung mit der Zuversicht unterworfen werden, dass keinerlei Einwirkung es innerlich umgestalte, es dahin bringen könne, etwas anderes als früher glaubhaft zu machen; es kann als trüglich erkannt und widerlegt werden, es kann aber nicht sich selbst widerrufen. Dagegen kann es keinen Ersatz für die Erläuterungen bieten, welche eindringliche und sachkundige Fragen aus einem aussagenden Menschen herauslocken können oder die er selbst giebt, sobald er merkt, dass er missverstanden ist, oder dass seine Aussage, unvollständig gelassen, einen falschen Eindruck machen würde.

Das persönliche Beweismittel legitimirt sich selbst zur Sache; wieso dieses Zeugniss mit dieser Sache zusammenhängt, wieso gerade dieser Mensch zur Sache gehöriges aussagen kann, das ergiebt sich zumeist aus der Aussage selbst, und jedenfalls lässt sich der etwa zweifelhafte Zusammenhang mit Hilfe der vom Aussagenden zu gewinnenden näheren Angaben leicht so weit herstellen, dass eine genauere Prüfung ermöglicht wird. Beim sachlichen Beweismittel dagegen ist die Herstellung dieser Verbindung ein regelmässig wiederkehrendes, unerlässliches Erforderniss der Beweisführung. Diese Verbindung wird dadurch hergestellt werden müssen, dass die Thatsache, von welcher es abhängt, dass der Zustand oder die Beschaffenheit gerade dieses Beweisstückes oder der Inhalt gerade dieses Schriftstückes einen Beweisgrund abgiebt, sichergestellt wird. Diese Sicherstellung beruht bei Beweisstücken zumeist (im Gegensatz zu schriftlichen Zeugnissen, vgl. Glaser, Handbuch § 54 II) auf dem Beweis ihrer Identität [245],

---

[245] Die Identität wird bei Beweisstücken, welche bei einem Augenschein oder einer Durchsuchung gefunden wurden, durch die Erwähnung in dem hierüber aufgenommenen Protokoll, durch die Uebernahme in gerichtliche Verwahrung und durch die Anbringung amtlicher Bezeichnungen sichergestellt. § 94 deutsche, §§ 143. 145 Abs. 3, insbesondere § 98 Abs. 2 österr. StPO. Wird das Beweisstück bei einer anderen Gelegenheit gefunden, so ist der Auffinder oder Ueberbringer dar-

ihres Ursprunges, des Ortes und der Art ihrer Auffindung oder Entdeckung oder anderer Umstände, welche sie mit der Strafsache in Verbindung bringen, bei Schriftstücken namentlich auf dem Beweis ihrer Echtheit. Ferner wird es auch darauf ankommen, die Vollständigkeit des Beweismaterials ausser Zweifel zu stellen, Gewissheit darüber zu schaffen, dass nicht ein Theil der Beweis- oder Schriftstücke absichtlich beseitigt oder durch Unachtsamkeit unberücksichtigt gelassen ist, während Grund besteht, anzunehmen, das fehlende hätte bewirken können, dass das vorgeführte Beweismaterial anders zu beurtheilen wäre[246]. — Alle diese Vorsichtsmaassregeln müssen aber angesichts des individuellen Beweisgrundes beurtheilt werden; es ist ganz unmöglich, darüber Regeln aufzustellen, welche auch nur annähernd Anspruch auf Allgemeingiltigkeit erheben können[247].

II. So weit die Mannichfaltigkeit der in Schriftstücken[248] enthaltenen Beweisgründe es gestattet, können folgende Grundsätze

---

über zu vernehmen und ist die Beurkundung der Identität des Beweisstückes in ähnlicher Weise mit dem hierüber aufgenommenen Protokoll zn verbinden. Bei der Anerkennung des Beweisstückes durch andere Personen muss ebenfalls diese Verbindung gewahrt werden (§ 168 österr. StPO). Der Vorlesung dieses Theiles eines solchen Protokolles dürfte § 249 StPO nicht entgegenstehen; natürlich wird trotzdem, wenn der Deponent in der Hauptverhandlung erscheint, der Anerkennungsakt dort wiederholt; oder er muss, wenn er bisher nicht erfolgte, dort stattfinden. Vgl. Alison p 613; Glaser, Engl.-schott. Strafverf. §§ 113. 142. 143.

[246] Ein abgerissener Theil eines Schriftstückes, ein Fragment einer Correspondenz kann einen ganz falschen Eindruck machen, der sofort verschwindet, sobald das fehlende beigebracht ist. Ebenso kann der Umstand, dass neben der einen vorgefundenen Waffe noch eine andere am Thatorte lag, oder ein Bruchstück, das zu dem vorgewiesenen Theile passt, aber erkennen lässt, dass die Waffe nicht dem Angeklagten gehörte u. dgl., das ganze Beweisergebniss ändern.

[247] Versuche zur Gewinnung solcher Regeln macht Bentham Buch V Kap. 6 S 181. 182. Als allgemeine Regel lässt sich auch die Beschränkung bezüglich der Zulassung von Schriftstücken nicht anerkennen, welche Taylor § 532 erwähnt, und wonach Schriftstücke, welche nach der Verhaftung eines Angeklagten bei einem Mitangeklagten gefunden wurden, gegen ihn nicht verwendet werden dürfen, wenn nicht vorerst bewiesen ist, dass die Schriftstücke vor jenem Zeitpunkte vorhanden waren, „weil er für Thätigkeiten nicht verantwortlich gemacht werden kann, welche zu einer Zeit eintraten, wo seine verbrecherische Thätigkeit bereits zu Ende war". Zunächst kann da der Zeitpunkt allein nicht entscheiden, sondern dass überhaupt ein Zusammenhang hergestellt ist; andrerseits ist hier verwechselt die strafrechtliche Verantwortlichkeit einer bestimmten Person (welche übrigens auch die Fortwirkung des vom Angeklagten begonnenen mit umfassen kann) und Beweiskraft wider eine bestimmte Person.

[248] Henke, Handbuch IV 551 stellt dem in einer Urkunde enthaltenen Zeugniss, das bis zum Beweis des Gegentheiles vollen Beweis mache, das „schriftliche Privatzeugniss" gegenüber, „welches nur von einer einzigen Person

als maassgebend für die Beweisführung durch dieselben aufgestellt werden:

1. In den meisten Fällen beruht der Werth des Schriftstückes für die Beweisführung darauf, dass es von einer bestimmten Person herrührt, sei es nun dass diese dasselbe geschrieben, sei es dass sie durch ihre Unterschrift sich den Inhalt angeeignet hat. Es sind Ausnahmefälle denkbar, unter welchen die Richtigkeit einer dieser beiden Thatsachen zugegeben oder festgestellt ist, dennoch aber die Beweiskraft des Schriftstückes dadurch beeinträchtigt wird, dass die Person, welche es geschrieben oder unterschrieben hat, dazu durch Zwang oder Irrthum veranlasst wurde, oder dass sie von der Bedeutung des Inhaltes nicht diejenige Kenntniss hatte, welche allein die Folgerungen rechtfertigen würde, die aus dem Schreiben oder Unterschreiben des Schriftstückes sonst naturgemäss zu ziehen sind[249].

2. Sieht man von solchen Ausnahmefällen ab, so wird in den unter 1. berücksichtigten Fällen in erster Linie Werth darauf gelegt werden müssen, dass die Urkunde im Original vorliege; nur dies giebt volle Gewähr für die Uebereinstimmung des behaupteten und des wirklichen Inhaltes des Schriftstückes und die Möglichkeit, die

---

herrührt", und meint, es könne, „wenn man auch die Zeugnissfähigkeit und Unverdächtigkeit derselben als ausgemacht annimmt, dieses Zeugniss nur als ein aussergerichtliches, unbeschworenes und singuläres in Betracht kommen". So aufgefasst, ist das Schriftstück in der Regel gar kein Zeugniss; letzteres leitet seine Beweiskraft aus der Absicht ab, ein Zeugniss abzulegen, und aus der daran geknüpften Vermuthung, dass der Zeuge die Wahrheit sagen wolle; die meisten Schriftstücke dagegen leiten sie aus der Unabsichtlichkeit der Aeusserung ab, aus dem sichtlichen Mangel an Berechnung, aus der Unmöglichkeit, dass bei ihrer Anfertigung die Absicht bestanden haben kann, das Gericht irrezuführen. Ueber die relative Inferiorität des mündlichen Beweises gegenüber dem schriftlichen siehe Best § 223.

[249] Indem Zachariä, Handbuch II § 147 II tadelt, dass „die den Inquisitionsprozess regulirenden Gesetze hier wieder mit Rechtsvermuthungen um sich werfen" (preuss. CGO § 383, bayer. StG Art. 299), und der Versuche erwähnt, hier die Grundsätze vom qualificirten Geständniss anzuwenden, stillschweigende Geständnisse bei Verweigerung der Erklärung über vorgelegte Urkunden anzunehmen oder gar diese Erklärungen durch Ungehorsamsstrafen zu erzwingen, bemerkt er mit Recht, dass „die Authenticität der Unterschrift noch keineswegs die Echtheit des Inhalts in sich schliesst, jedenfalls die Erörterung der Möglichkeit eines Missbrauchs der anerkannten Unterschrift nicht ausschliesst. Von dem im Civilprozess zulässigen Verfahren: Vorlegung der Urkunde zur Recognition oder eidlichen Diffession und dem Präjudiz der poena confessi, konnte schon der ältere Strafprozess keinen Gebrauch machen, und diese Negative gilt selbstverständlich auch für das reformirte Strafverfahren". Vgl. Best § 229; Henke IV 546; Vargha S 580.

Echtheit desselben zu prüfen. Der Mangel des Originals kann ersetzt werden durch die Anerkennung oder den sonstigen Nachweis der Echtheit des Originals und der genauen Uebereinstimmung der Abschrift[250] mit jenem; dieser Nachweis unterliegt seinerseits der freien Prüfung des Gerichts; die für die Beglaubigung von Abschriften eingeführten öffentlichen Veranstaltungen begründen wohl eine Vermuthung der Uebereinstimmung, haben aber keine den Strafrichter bindende Kraft. Solche Abschriften sollten nicht leicht zugelassen werden, wenn es möglich wäre, die Originale herbeizuschaffen. In noch höherem Grade gilt dies von Auszügen und von mündlichen Zeugenaussagen über den Inhalt von Schriftstücken.

3. Wird das Schriftstück als Original vorgebracht, so kommt es unter der unter 1 gemachten Voraussetzung auf den Beweis der Echtheit an[251]. Dieser Beweis wird durch die Anerkennung des Angeklagten hergestellt, wenn es sich um dessen eigene Schrift oder Unterschrift handelt, sonst aber dadurch vorläufig entbehrlich gemacht; er kann ferner durch das Zeugniss des Ausstellers des Schriftstückes oder solcher Personen, die diesen es schreiben oder unterschreiben sahen oder sonst die Identität des von jenem unterschriebenen mit dem vorliegenden Schriftstück bestätigen können, bewirkt werden (z. B. dadurch, dass der Aussteller es ihnen zur Bewahrung übergab). Auf sog. Urkundszeugen[252] (Solennitätszeugen) kommt es im Strafprozess nur an, insofern die Wiedererkennung ihrer eigenen Unterschrift auf dem Schriftstück ihnen die Bestätigung der Thatsache erleichtert, aus welcher die Echtheit derselben hervorgeht. — Der nächste Schritt zum Nachweis der Echtheit eines Schriftstückes ist sodann die Vergleichung der Handschriften mit oder ohne Mitwirkung von Sachverständigen (Glaser, Handb. § 59 III Nr 6). In Ermangelung aller dieser Mittel und als Mittel des Gegenbeweises, der Ergänzung des Beweises und der Controle kommen endlich die sonstigen inneren und äusseren Merkmale der Echtheit in Betracht: Rechtschreibung, Styl, Aeusserungen, welche gerade von dieser Person in diesem Zusammenhange zu erwarten oder nicht zu erwarten waren, Beschaffenheit und Bezeichnung des Papiers, der Tinte u. s. w.

4. Schriftstücke, welche nicht als Originale ausgegeben und auch nicht als Ersatz für solche vorgebracht werden, können immerhin aus

---

[250] Henke IV 544. Frydmann S 228 Nr 1. Ueber die Mittel, Original und Abschrift zu unterscheiden, Bentham Buch IV Kap. 7 S 155.

[251] Zachariä § 147 III. Henke IV 545 ff. Alison p 601 ss. Best §§ 232 ss. Bentham Buch IV Kap. 8 u. 9 S 157 ff. 163 ff. Vargha S 580.

[252] Henke IV 547.



anderen Umständen, welche sie mit der strafbaren Handlung oder den daran betheiligten in Verbindung bringen (Auffinden bei einem derselben oder am Thatorte, Begehung einer Beleidigung, einer Bedrohung, eines Betruges, eines politischen Delictes mittels eines Schriftstückes), Beweiskraft erlangen[253]; auch in solchen Fällen wird das so gekennzeichnete Schriftstück, obgleich es nicht als Werk oder Aeusserung einer bestimmten Person Bedeutung hat, gewissermaassen zum Original; es kommt auf den Nachweis der Uebereinstimmung des vorgewiesenen Schriftstückes mit dem jene Voraussetzungen verwirklichenden an, und wo dieses nicht mehr vorhanden ist, auf den Nachweis der Uebereinstimmung der vorhandenen Abschrift.

5. Bei allen vorerwähnten Schriftstücken ist es von der grössten Wichtigkeit, dass sie sich als unverfälscht erweisen[254], d. h. dass kein Grund vorhanden ist, anzunehmen, dass der Zustand derselben, in welchem sie geeignet sind, ein verlässliches Beweismaterial abzugeben, durch Willkür oder Zufall geändert worden sei. Ausstreichungen, Auskratzungen (Rasuren), Einschiebungen (Interpolationen), das Unleserlichmachen einzelner Stellen, das Abreissen oder Wegschneiden beschriebener Theile des Schriftstückes und andere sichtbare Mängel (vitia visibilia) sind geeignet, Verdacht zu erregen, die Verlässlichkeit des Beweismittels in Frage zu stellen, selbst die Vermuthung von die Wahrheit beeinträchtigenden Umtrieben zu begründen. Selbstverständlich entfällt dieses Bedenken, wenn sowohl die Entstehung des scheinbaren Gebrechens erklärt, als auch deutlich erkennbar ist, dass dadurch die richtige Auffassung und Beurtheilung des Schriftstückes nicht gehindert wird.

6. Von der äusseren Erscheinung des Schriftstückes wendet sich sodann die Prüfung dem Inhalte[255] zu. Hier ist im wesentlichen dieselbe Aufgabe zu lösen wie bei der Prüfung einer Aussage: es kommt darauf an, dass der Inhalt des Schriftstückes deutlich erkennbar sei oder dass man, wo dies nicht der Fall ist, sich der richtigen Auffassung seines Inhaltes durch sorgfältige Prüfung desselben und durch Benutzung von aussen sich darbietender kritischer Hilfsmittel versichere. Es kommt ferner darauf an, dass man sich der Vollständigkeit des schriftlichen Materials versichere, nicht blos in dem Sinne,

---

[253] Planck, System. Darst. S 378. Geyer § 211 II 1.

[254] Henke IV 555. Zachariä a. a. O. II 448. Best § 229. Frydmann a. a. O. Nr 2. Vargha § 324 S 581. 582.

[255] Zachariä a. a. O. Henke IV 544. 549. Best § 228. Vargha S 581. Frydmann a. a. O. Nr 4.

dass das Schriftstück selbst unverkürzt (siehe oben Nr 5) vorliege und seinem ganzen Inhalt nach gewürdigt werden könne, sondern auch, dass die Beziehungen desselben auf andere berücksichtigt werden, wenn jenes ohne diese (referens sine relato) keinen verlässlichen Sinn giebt. Aber auch wenn eine ausdrückliche Beziehung nicht stattfindet, muss sorgfältig erwogen werden, ob nicht vielleicht ein Bruchstück aus einem grösseren Ganzen oder aus einer ganzen Correspondenz vorliegt, welches ohne Kenntniss des Zusammenhanges nicht richtig gewürdigt werden kann [256].

7. Wie weit endlich die Beweiskraft des so sichergestellten Inhaltes reiche, das hängt ganz von den Umständen ab; der Urtheiler wird sich immer bemühen müssen, den Inhalt mit dem Grunde, warum dem Schriftstück Glauben geschenkt wird, zu vergleichen; anders stellt sich der Beweiswerth des schriftlichen Zeugnisses, anders der eines aus dem Schriftstück abzuleitenden Indiciums, anders der einer urkundlichen Erklärung einer bestimmten Person, anders der eines sonstigen Schriftstückes. Sätze, wie etwa der, dass ein Schriftstück für den Aussteller nicht beweise (non probat pro scribente), haben nicht blos keine formelle Geltung im Strafprozess, sondern auch eine sachliche Bedeutung nur unter bestimmten Umständen. Wenn jenes alte Wort nur allzuwahr ist, dass einige geschriebene Zeilen genügen, um deren Urheber zu Grunde zu richten, so kann es ebenso gut sich treffen, dass sie ein überzeugendes und ausschlaggebendes Zeugniss in eigener Sache bilden [257]. Aber auch davor hat man sich zu hüten, den ganzen Inhalt eines Schriftstückes hinsichtlich der Beweiskraft als etwas untrennbares zu betrachten; im Gegentheil kann es nicht nur geschehen, dass aus einem Theile desselben sehr verlässliche Folgerungen zu ziehen sind, während ein anderer Theil nichts beweist, sondern man muss sehr genau unterscheiden zwischen dem, was das Schriftstück unmittelbar beweist, und dem, was darin nur erwähnt und angedeutet, aber nicht bezeugt und nicht durch dasselbe bekräftigt wird. Und auch hier wie bei den Indicien hat der Urtheiler sich vor allem davor zu hüten, auch aus einem an sich verlässlichen Beweismaterial mehr abzuleiten, als dadurch bei richtiger Prüfung erwiesen erscheint.

---

[256] Taylor §§ 655 ss.

[257] Geyer § 211 III. Frydmann S 240.

§ 11. Augenschein[258].

I. Eine Beweisführung ist in letzter Linie stets nur durch Sinneseindrücke auf den zu überzeugenden zu bewerkstelligen. Dass aber auf diesen dasjenige einen tieferen Eindruck macht und ihm eine sicherere Ueberzeugung gründet, was er unmittelbar wahrnimmt, als dasjenige, was ihm über die Wahrnehmungen anderer mitgetheilt wird, liegt so klar zu Tage, dass gerade in dieser Richtung das natürliche Beweisrecht gegenüber dem streng formalen Beweisrecht des Mittelalters zuerst zum Durchbruch gelangte, nicht ohne dass man sofort auch in das entgegengesetzte Extrem verfallen wäre, indem man dem Zufalle, welcher gestattete, vereinzelte thatsächliche Verhältnisse, die auf ein Verbrechen hinweisen, dem Richter unmittelbar vor Augen zu bringen (Betretung auf handhafter That, bei blickendem Scheine u. s. w.)[259], einen viel zu grossen Einfluss auf die Form des Verfahrens und auf den Spruch des Richters einräumte. Handelte es sich dabei darum, dem gewissermaassen an seinen Platz gefesselten Richter ein oder das andere Beweisstück vor sein Tribunal zu bringen, so machte sich sehr früh auch eine andere Betrachtung geltend, dass nämlich gewisse Verhältnisse und selbst der wahre Hergang gewisser Vorfälle nur dann verlässlich erkannt werden können, wenn jene Unbeweglichkeit (wenigstens materiell durch Entsendung oder Heranziehung von Auskunftspersonen, welche aus eigener Anschauung über die Sache sprechen können) aufgegeben und an Ort und Stelle durch Verbindung von Besichtigung und Befragung die Wahrheit erforscht wird.

---

[258] Siehe die Literaturangaben in Glaser, Handbuch § 55 Anm 1.

[259] Vgl. namentlich die Zusammenstellung in Homeyers Sächs. Landrecht S 402 unter „Beweis“ 1. Sachsse §§ 14. 15. 18. Planck, Gerichtsverf. §§ 116. 117 II 148 ff. Kries S 34—38. 98. 99. 128. 129. Vgl. Geyer in HH I 222. 223. Allerdings steht das natürlichste aller Beweismittel so ganz ausserhalb des Rahmens des formalen germanischen Beweisrechtes, dass es als solches nur praktisch wirkte, nicht theoretisch anzuerkennen war; es war nur das Mittel, das Leugnen unmöglich zu machen und damit das Bedürfniss nach einem Beweis nicht aufkommen zu lassen, oder sich gegen das nähere Beweisrecht des Gegners zu schützen. Siehe darüber v. Bar, Beweisurtheil S 59 ff.; Planck a. a. O. S 148. 149: „Die rechtliche Natur der leiblichen Beweisung ist von den bisher besprochenen Beweismitteln wesentlich verschieden. Es wird durch sie nicht sowohl bewiesen, als vielmehr der Beweis überflüssig gemacht oder doch auf ein geringeres Gebiet eingeschränkt, gerade so, wie durch das gerichtliche Zugeständniss des Gegners. Eines Beweises nicht bedürftig sind die diesseitigen Behauptungen, die der Gegner nicht bestreitet oder die er nicht bestreiten kann, wenn er auch möchte ... Mit anderen Worten: leibliche Beweisung schliesst den Eid des Gegners aus und vernichtet sogar die Wirkung des geschworenen Eides“. Eine bequeme Uebersicht der Hauptverwendung der

Daraus entwickelten sich jene Formen des Verfahrens, welche unter dem Namen der inquisitiones, recognitiones und der jurata einen so wesentlichen Einfluss auf die Entstehung und Entwickelung der englischen Jury und ähnlicher continentaler Procedurformen übten, in welchen sich das natürliche Beweisrecht unter dem Drucke der altgermanischen Vertheilung der Beweislast und der Beweisführung durch rein formelle Beweismittel Bahn brach[260].

---

leiblichen Beweisung und ihres Zusammenhanges mit der handhaften That giebt folgende Stelle aus Kries a. a. O. S 34—36: „Der hauptsächlichste Anwendungsfall der leiblichen Beweisung war die handhafte That, bei welcher durch dieselbe der objective Thatbestand des Verbrechens erwiesen wurde. Deshalb wird der Leichnam des Erschlagenen mit vor Gericht gebracht . . . In gleicher Weise werden Wunden und Beulen dem Gerichte vorgewiesen und ihre Beschaffenheit constatirt, so dass es für den Kläger unschädlich ist, wenn wegen Abwesenheit des Beklagten die Klage befristet werden muss und die Verletzungen bis zum nächsten Termin zugeheilt sind . . . Eine ähnliche Aufgabe hat das Gericht, wenn in Frage steht, ob jemand geistig gesund oder wahnsinnig ist . . . Regelmässig werden die in Augenschein zu nehmenden Objecte vor das gehegte Ding gebracht. Bei handhafter That werden dieselben mit dem Verbrecher in körperlichen Zusammenhang gebracht und die Werkzeuge und Gegenstände, mit denen er die That verübt hat, oder Symbole derselben ihm auf den Rücken gebunden . . . In andern Fällen begiebt sich das Gericht an Ort und Stelle, um dort die Besichtigung vorzunehmen; so also z. B. bei Hausfriedensbruch die der »gewundeten Zimmer«. Vorzüglich wichtig ist hier aber die Haussuchung, wenn also gestohlene oder geraubte Sachen in jemandes Gewere aufgefunden werden sollen". — Spuren der Fortwirkung siehe z. B. bei Zöpfl, Bamberger Stadtrecht: Stadtrecht § 152. 154; Anhang II B §§ 18—27. In hohem Grade interessant ist es, die Entwickelung zu verfolgen, welche dahin führte, dass einerseits an die Stelle der unmittelbaren Darthuung der That die von Indicien der Schuld des Angeklagten oder der Unschuld des Anklägers trat, ja die ersteren theilweise willkürlich hergestellt werden konnten (siehe z. B. über fingirte Leibzeichen Kries S 172. 173), andrerseits das Gericht seine Wahrnehmungen für andere, künftige Verhandlungen bezeugt (Planck a. a. O. S 117; Sachsse S 118 ff.; vgl. auch Malblank, Geschichte der PGO S 72), daneben aber die Zusammensetzung des Gerichtes und das Bedürfniss nach objectiver Ausprägung aller Grundlagen der Entscheidungen dahin führten, dass es nicht blos zugelassen, sondern vorgezogen ward, den Augenschein durch vom Gericht ausgesandte Boten einzuziehen, welche dem Gericht mündlich Bericht zu erstatten hatten, oft selbst in Fällen, wo dergleichen kaum noch nöthig war. Kries a. a. O. S 128. 129.

[260] Biener, Das englische Geschwornengericht I 38 ff. Sachsse § 15 S 115. H. Brunner, Zeugen- und Inquisitionsbeweis. Derselbe, Entstehung der Schwurgerichte; die beste Uebersicht bietet desselben Artikel „Schwurgericht" in HRLex III 622 ff. Den Hauptausgangspunkt bildet die zur Entscheidung über den Besitz von Grundstücken berufene Inquisitio, deren Eid lautet: Hoc auditis justiciarii, quod veritatem dicam de assisa ista et de tenemento, de

Diese Anregungen nahmen in England eine Richtung, welche, von jenem Ausgangspunkte hinwegführend, ein complicirtes und nur periodisch zusammentretendes Gericht schuf, das eben darum auf mittelbare Beweisführungen und Abwarten des vorgeführten Beweismaterials mehr als andere angewiesen war und vor welchem der Zeugenbeweis fast jedes sonstige Beweismittel verdrängen musste. Von einer unmittelbaren Nachforschung des Gerichtes, von dem Bestreben, selbst die Wahrheit an Ort und Stelle aufzusuchen, konnte nach der ganzen Entwickelung der Dinge nicht die Rede sein. Wenn sich in England in Bezug auf Tödtungen eine Einrichtung erhalten hat, welche das Gegentheil zu beweisen scheint, die Coroners Jury, so ist das irrige einer solchen Auffassung des Institutes leicht nachzuweisen. Denn die Coroners Jury ist nur eine Polizeieinrichtung, welche in Nachahmung richterlicher Formen fungirt. Das Gericht des Coroner (coroners inquest) hat allerdings die sofortige amtliche Nachforschung an Ort und Stelle zur Aufgabe; aber das Resultat dieser Nachforschung hat für den gerichtlichen Beweis gar keine Bedeutung. Die Thatsachen, welche die Verhandlung vor der Coroners Jury zu Tage fördert, müssen in der Hauptverhandlung ganz unbeachtet bleiben, wenn sie dort nicht selbständig und unmittelbar vorgeführt werden, und der Ausspruch der Jury vertrat höchstens früher die sonst übliche Form der Versetzung in Anklagestand; jetzt ersetzt er thatsächlich nicht einmal die Thätigkeit und den Ausspruch des Friedens- oder Polizeirichters und die vor diesem geführte Voruntersuchung; in der Hauptverhandlung darf er gar nicht berücksichtigt werden[261].

Auf dem Continent machte das natürliche Beweisrecht seinen Weg durch eine Entwickelung des Strafprozesses, welche gleichzeitig den Anklageprozess und die Unmittelbarkeit des Verfahrens untergrub; und diesem Zusammentreffen ist es zu danken, dass schon in den ersten Anfängen der Neugestaltung, in der Thätigkeit der sog. italienischen Praktiker, die äusserst schwachen Hinweisungen des römischen[262]

---

quo visum feci etc., wenn gleich Brunner dies mehr auf die „genaue Bestimmung des Streitobjectes" bezieht.

[261] Glaser, Anklage etc. S 6. 7. Der Entwurf des Criminal code (1879, Rep. p 32—34) bezeichnet die Coroners Jury „as a relic of times preceding the appointment of justices of the peace", entkleidet sie der ihr theoretisch zukommenden, mit der der Grand-Jury concurrirenden Jurisdiction und macht ihre Thätigkeit zu einer blossen Vorarbeit für den gewöhnlichen Untersuchungsrichter. Draft code sect. 439. 506.

[262] Kaum leichte Andeutungen lassen sich finden in l 1 D de inspiciendo ventre 25. 4 und l 6 Cod. de re milit. 12. 36, welche eigentlich mit dem Criminalprozess

und des kanonischen[263] Rechtes auf die Nothwendigkeit der Erlangung möglichst unmittelbarer Ueberzeugung von sinnlich wahrnehmbaren und nicht sofort verwischbaren Spuren des Verbrechens auf fruchtbaren Boden fielen[264]. Das Princip der Nachforschung

---

gar nichts zu thun haben; letztere spricht aber immerhin von medicis denuntiantibus et judice competente diligenter examinante.

[263] Namentlich c. 18 X de homicidio volunt. 5. 16, welche Stelle mit dem daselbst vorkommenden bezeichnenden Ausdruck: ut peritorum judicio medicorum talis percussio asseratur non fuisse letalis — allerdings mehr für die Stellung der Sachverständigen Bedeutung hat. Siehe übrigens über die Bedeutung des Augenscheins für das kanonische Recht Gross II 1 ff. 106 ff. und insbesondere bezüglich des Strafverfahrens S 116—119. Wiederholt erwähnt Gross auch die besondere Auffassung des kanonischen Rechtes, wonach der Augenschein nicht als eigentliches Beweismittel, sondern als „Mittel zur Constatirung der evidentia facti" . . erscheint . . , wenn die „strafbare Handlung selbst der unmittelbare Gegenstand der Wahrnehmung des Richters als solchen ist". Man vergleiche hiemit z. B. Damhouder, welcher cap. 49 als eine der Arten vollen Beweises neben dem Zeugenbeweis und Geständniss aufführt: Evidentia ipsius facti, qua judici scilicet factum clare et aperte innotescit. Andrerseits ist es nach der ganzen Entwickelung des kanonischen Strafprozesses sehr natürlich, dass mit dem Augenschein vielfach das Princip der unmittelbaren Nachforschung des Richters an Ort und Stelle zusammengeworfen wird; vgl. die bei Gross S 116 angeführten Stellen (c. 24 X de accus. 5. 1 und c. X de simonia 5. 3) unter Berufung auf Genesis 18, 21: Descendam et videbo, utrum clamorem qui venit ad me, opere compleverint.

[264] Vgl. die bei Glaser, Handb. § 55 Anm 1 angeführte Literatur; ferner Birnbaum im NA XIV 182 ff. und die Anführungen bei Geyer in HH I 222 u. 223, insbesondere die Erwähnung der inspectio ocularis bei Nicolaus de Mattarelli und Bartolus. In der Carolina tritt uns zunächst in den Art. 35 und 36 das Streben nach objectiver Erforschung bei Verdacht des Kindesmordes, und zwar in löblicher Schonung des weiblichen Ehrgefühles mit vorsichtigem Vorschreiten der Untersuchung entgegen. Die Art. 147 u. 149 zeigen deutlich die Durchkreuzung der accusatorischen und inquisitorischen Formen; ersterer handelt von dem nach Ablauf einiger Zeit zu führenden Beweise einer Tödtung und von der Beweisführung durch sachverständige Zeugen. „In solchen fellen mögen beyd theyl kundtschaft zur sach dienlich stellen und sollen doch sonderlich die wundtärzt der sach verstendig und andere personen, die da wissen, wie sich der gestorbene nach dem schlagen und rumor gehalten hab, zu zeugen gebraucht werden". Art. 149 dagegen führt die sofortige Leichenschau ein: . . „sol der Richter sampt zweyen schöffen, dem gerichtsschreiber und eynem oder mer wundtärzten (so man die gehaben und solchs geschehen kann), die dann zuvor dazu beeydigt werden sollen, denselben todten körper vor der begräbnuss mit fleiss besichtigen undt alle sein entpfangene wunden, schlag und würff . . . mit fleiss merken und verzeychnen lassen". Aus diesen Bestimmungen, namentlich aus Art. 147, entwickelte die Praxis über deren Wortlaut weit hinaus gehende Consequenzen, welche mit der Lehre vom Causalnexus und der Letalität der Wunden zusammenhängen und von welchen hier nur erwähnt zu werden braucht, dass die Einnahme des (gemischten) Augenscheines als für alle Fälle unbedingt nöthig erklärt und die ordentliche Strafe ausgeschlossen

von Amtes wegen drängte dazu, nicht auf blosse Erzählungen sich zu verlassen, wo der Richter selbst sehen und hören kann; die Einrichtung, welche den Sammler des Beweismaterials, den Vorbereiter des Urtheils anderer auch als Richter hinstellte, ermöglichte jenes rasche richterliche Einschreiten, das die Bedingung des Erfolges ist; die immer mehr um sich greifende Schriftlichkeit lehrte den urtheilenden Richter, die Wahrnehmung des untersuchenden Richters als etwas relativ unmittelbares hinzunehmen und den höheren Werth gelten zu lassen, den sie gegenüber doppelt vermittelten Wahrnehmungen minder beglaubigter Personen hatte.

Und so kam die Theorie des gemeinen deutschen Criminalprozesses dazu, vermöge der geläufig gewordenen Verwechselung des Inquirenten mit dem Richter dem richterlichen Augenschein den ersten Rang unter den Beweismitteln (aus einem eigentlich nicht zutreffenden Grunde, wegen der höheren Verlässlichkeit eigener Wahrnehmung — s. übrigens Anm. 264 am Ende) anzuweisen — in ihrem Streben nach fertig gelieferten, ausgeprägten und a priori abschätz-

---

wurde, wenn dieselbe unterblieb: auch da, wo der Tod sofort der Verletzung folgte, ebensowohl als wo ein Zweifel an der Tödtlichkeit der erlittenen Verletzung eintrat. Der einflussreichste Träger dieser Ansicht, welche für die gedeihliche Ausbildung der Untersuchung so vortheilhaft, für die der Beweistheorie und des materiellen Rechtes so ungünstig war, war Carpzow (qu. 26), der dafür von den zahlreichen Verfechtern mehrfacher in dieser Materie aufgetauchten Meinungsschattirungen heftig angegriffen wurde. Mirum in modum, sagt Böhmer, Medit. in CCC ad art. 147 § II, haec quaestio exercuit ingenia Dd., ut vix dici possit, quantopere circa eam discrepent. Sunt, qui cit. art. stricte inhaerent, et nonnisi ad intervallum temporis sectionem restringunt, in casu mortis vero in continenti secutae minus necessariam perhibent (darunter namentlich auch Brunnemann). Quin Oldekop .. eo usque progreditur, ut contrariam sententiam ridiculam, Kressius vero veterem cantilenam vocare non erubescat etc. Böhmer selbst stellt sich der Hauptsache nach auf die Seite der Gegner. Nirgends tritt mit der wünschenswerthen Bestimmtheit hervor, dass der Augenschein stets eingenommen werden sollte, dass aber, wo er unterbleiben musste oder aus einem Bedenken bezüglich der sonstigen Verlässlichkeit der Untersuchung nicht erregenden Grunde unterblieb, gestrebt werden muss, sich der Wahrheit auf anderen Wegen zu versichern. Die Fortwirkung dieser Controversen lässt sich leicht noch bei Quistorp §§ 600 ff. einerseits und bei Stübel, Thatbestand §§ 311. 312. 315—317 andererseits beobachten. Stübel bestreitet übrigens a. a. O. § 233, dass der Augenschein zu den Beweismitteln gehöre, und zwar thut er das in Folge derselben Verwechselung des untersuchenden und des urtheilenden Richters, welche andere zur Ueberschätzung des Augenscheins bestimmte, „weil derselbe das Mittel ist, wodurch sich der Richter die eigene Wissenschaft und Erkenntniss von den zu untersuchenden Gegenständen zu verschaffen pflegt, und diese Erkenntniss als ein besonderer zureichender Entscheidungsgrund dem Beweise ebenfalls an die Seite gestellet werden muss“. S. auch Zachariä, Handbuch II 220 Anm 12.

baren Beweismitteln selbst zu versuchen, ihm die Bedeutung eines für sich allein ausreichenden vollen Beweises nicht blos bezüglich einzelner Thatsachen, sondern bezüglich der ganzen Schuldfrage zu vindiciren [265] und, bei der offenbaren Unmöglichkeit des Gelingens dieses Unternehmens, ihn wenigstens als das allein zulässige Mittel der Herstellung des objectiven Thatbestandes zu behandeln. Ueber die Einseitigkeit dieser letzteren Auffassung ist schon früher gesprochen worden (oben S 80 ff.). Hier genügt es, darauf hinzuweisen, dass in der Regel das scheinbar unmittelbarste Beweismittel nur zur Vermittelung des Indicienbeweises dient, und zwar sehr häufig gerade des über den objectiven Theil des Thatbestandes zu führenden, und dass, wäre dies nicht übersehen worden, die Frage gar nie hätte auftauchen können, ob der objective Thatbestand durch Indicien bewiesen werden könne. Wenn man sich bemüht, Fälle sich vorzustellen, in welchen durch den richterlichen Augenschein That und Thäterschaft zugleich bewiesen wird (z. B. Betreten einer Falschmünzerbande bei der Arbeit, Einschreiten des Gerichtes an Ort und Stelle während eines Aufruhrs), so konnte man doch nicht übersehen, dass dies nur ganz ausnahmsweise Vorfälle seien, und dass im Gegentheil es in der Regel nur einzelne Elemente des objectiven Thatbestandes (z. B. der Umstand, dass ein bestimmter Mensch todt, ein bestimmtes Haus abgebrannt sei u. dgl.) oder einzelne Indicien der That oder der Thäterschaft seien, welche sich unmittelbar constatiren lassen.

[265] Siehe namentlich bei Mittermaier, Theorie des Beweises I 160 ff. die Ausführung über den Augenschein als Beweis der Thäterschaft. Wohl mit Bezug darauf stellt I 148 dieses Erstlingswerks (das eigentlich aus dem J. 1809 herrührt) Mittermaier die später von ihm ganz aufgegebene (vgl. Beweis S 161, Strafverfahren I 537) Definition auf: „Der Augenschein ist die nach gesetzlichen Vorschriften bestimmte gerichtliche Handlung, wo der Richter als solcher die Thatsache eines Verbrechens unmittelbar für sich durch eigene Sinnenerkenntniss erforscht" — obgleich er sich der Einsicht nicht verschliesst, dass es häufig nur Elemente des Thatbestandes oder Nebenumstände sein werden, die durch Augenschein festzustellen sind (das. S 159. 164. 165). — Mit gewohnter Schärfe stellt das bayerische StG von 1813 die Objecte des Beweises durch Augenschein fest: Art. 261. „Eine Thatsache, welche durch obrigkeitlichen, in gesetzlicher Art vorgenommenen Augenschein mit sinnlicher Gewissheit erkannt worden ist, es gehöre solche Thatsache zu dem Thatbestande des Verbrechens oder zu den Anzeigungen des Thäters, ist als rechtlich erwiesen zu betrachten". Art. 262. „Wenn der Untersuchungsrichter aussergerichtlich die Begehung eines Verbrechens durch seine eigenen Sinne erfahren hat, so gilt seine Aussage blos als Zeugniss. Uebertretungen, welche während der Ausübung seines Amtes und im Beisein des Aktuars begangen worden, sind durch das in gesetzlicher Form darüber aufgenommene Protokoll, sowohl was die That selbst als deren Urheber betrifft, für rechtlich erwiesen zu halten".

Immerhin aber ist die allmählich immer sorgfältigere Regelung des richterlichen Augenscheins wesentlich das Werk des gemeinen deutschen Inquisitionsprozesses und einer der werthvollsten Beiträge desselben zur Entwickelung des Strafprozesses. — In seiner Aufnahme und Pflege lag zunächst ein Bruch mit der sonst den Inquisitionsprozess so ganz beherrschenden Gewohnheit einer auf das Bureau beschränkten und gemächlich vorschreitenden Thätigkeit — sodann die demselben sonst fremde Anerkennung des Werthes unmittelbarer Anschauung. Es kam ferner dabei die Wahrheit zur Geltung, dass kein scheinbar noch so verlässliches Beweismittel unbedingt beruhigen könne, selbst das Geständniss nicht, und dass die Gelegenheit, die Aussagen von Auskunftspersonen durch Vergleichung mit den unabhängig von ihnen zu constatirenden sonstigen Verhältnissen zu erproben, nicht unbenützt bleiben dürfe. Die Ausbildung des Augenscheines bot auch die Möglichkeit, der Heranziehung der Sachverständigen eine für deren Hauptaufgabe viel zweckmässigere Form zu geben, als sie anderswo gefunden hat. — Endlich hat selbst die falsche Vorstellung, welche den Augenschein hauptsächlich mit der Frage des objectiven Thatbestandes in Zusammenhang brachte, wesentlich dazu beigetragen, der Theorie des Beweisrechtes die Nothwendigkeit klarer Erfassung der einzelnen zu beweisenden Thatsachen und der speciellen Beziehung jedes einzelnen Beweises auf sie einzuprägen, während z. B. im römischen Criminalprozess und in manchem modernen, unter dem schützenden Deckmantel des „Totaleindruckes" leichtfertig gefällten Urtheil nur allzuleicht Verdächtigung der Person als Surrogat für den Beweis der Existenz des Verbrechens genommen wurde.

Die Einfügung dieses Beweismittels in den neuen Strafprozess hat indess trotzdem ihre nicht geringen Schwierigkeiten. War früher der Augenschein ein Zugeständniss an das Streben nach unmittelbarer Ueberzeugung, so steht er jetzt meist im Gegensatz zu dem Grundsatz unmittelbarer Beweisaufnahme durch den erkennenden Richter. Auch dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung ist ein Beweismittel schwer unterzuordnen, welches den Typus dessen bildet, was man sonst als das Ideal eines Beweises ansah, ein Mittel, eine gesetzlich und richterlich verbürgte Wahrheit dem Urtheiler fertig vorzulegen[266], welches aber eben darum an sehr bestimmte Formen gebunden war, deren Einhaltung die Bedingung seiner Rechtsgiltigkeit war, während das Princip der freien Beweiswürdigung sich mit der

[266] Im Gegensatz hiezu ist der Beweis durch Augenschein wohl der einzige, bei welchem der Versuch der Spaltung des vollen Beweises in einen halben bei Abgang eines gesetzlichen Merkmals nicht gemacht wurde. Allerdings gestattete

Festhaltung solcher formellen Bürgschaften schwer in Einklang bringen lässt.

II. Die Frage, ob und wann Augenschein einzunehmen sei, ist jetzt (abgesehen von den mit der Leichenschau zusammenhängenden Fällen) ganz der Beurtheilung der das Verfahren leitenden Behörde anheimgestellt. Für die Vornahme des Augenscheins sind folgende Gesichtspunkte maassgebend: die Voraussetzung, dass ein erhebliches sachliches Beweismittel vorhanden sei, welches das erkennende Gericht nicht wird unmittelbar prüfen können, ja selbst die Möglichkeit, dass Gegenstände, welche später nicht mehr geprüft werden können, für erhebliche Beweisstücke erachtet werden könnten, oder dass es auf die Constatirung negativer Verhältnisse ankommen könnte, endlich eine solche Beschaffenheit der Beweisstücke, bezüglich welcher es nicht rathsam wäre, sich auf die spätere Beschreibung von Auskunftspersonen zu verlassen. Je wahrscheinlicher es wird, dass ein strafgerichtliches Verfahren gegen eine bestimmte Person zu führen sein werde, je wichtiger der Gegenstand desselben ist, desto weniger sollte es unterlassen werden, amtliche Wahrnehmungen zu veranstalten, welche geeignet sein können, gegen Irreführung durch falsche oder oberflächliche Aussagen von Auskunftspersonen zu schützen. Umgekehrt ist allerdings auch hier darauf zu sehen[267], dass zwischen Zweck

---

die ausschliesslich schriftliche Vernehmung der Zeugen, den formell mangelhaften Augenschein als Zeugenbeweis zu behandeln (s. z. B. Stübel, Criminalverfahren §§ 706—708, wo nicht blos der vom incompetenten, sondern selbst der vom requirirten Richter aufgenommene Augenschein als Zeugniss bezeichnet wird). Dabei musste man aber auch noch über die Anomalie eines sich selbst verhörenden Zeugen sich hinaussetzen. Henke, Darstellung § 152 Anm 1 lässt selbst zu, „dass eine Wahrnehmung, die der Richter als Privatperson gemacht, Kenntnissquelle werden könne, wenn er eine Erzählung davon zu Protokoll gebe"; allerdings unterlässt er nicht, den Unterschied zu betonen, dass „ein solches Protokoll blos die Gewissheit der Erzählung, nicht aber, wie ein Protokoll über die Augenscheineinnahme, die Gewissheit des erzählten ausser Zweifel setzt". S. dagegen bayer. StG von 1803 Art. 262: . . „Er giebt seine Aussage blos als Zeugniss".

[267] Es bestehen mitunter Verhältnisse, welche Uebertreibungen in dieser Hinsicht veranlassen; dass ein Bäumchen geknickt, eine Fensterscheibe eingedrückt, von einer bestimmten Stelle nach einer anderen gesehen oder nicht gesehen werden kann u. dgl., das wird manchmal vollkommen ausreichend durch die Aussage von Personen festgestellt werden können, die sich selbst von den Verhältnissen überzeugten. Vgl. Oppenhoff S 248 Bem 28 bei § 43. Allerdings kann es wieder Fälle geben, wo auch derartige scheinbar geringfügige Umstände eine solche Wichtigkeit annehmen, dass das beste Mittel zu ihrer Erprobung gewählt werden muss, und dies ist sicher der rechtzeitig vorgenommene Augenschein. Vgl. über die Voraussetzungen der Vornahme des Augenscheins Löwe Bem 4 zu § 86; Keller Bem 1 das.; Geyer in HH I 226. 227.

und Mittel ein richtiges Verhältniss obwalte (vgl. die Bestimmung des § 255 StPO über „Körperverletzungen, welche nicht zu den schweren gehören"); es sollen zeitraubende und kostspielige Augenscheinsakte nicht wegen entfernter Möglichkeiten und unter Umständen vorgenommen werden, wo sie leicht und hinlänglich verlässlich durch einfacheres ersetzt werden können[268]. Auch die Belästigung und Beschädigung, welche die Einnahme des Augenscheins für Private mit sich führen kann und die oft sehr beträchtlich ist, die Verletzung berechtigter Gefühle des Beschuldigten, und nun gar unbetheiligter Dritter, muss mit in Anschlag gebracht werden. In manchen Fällen ist es nicht so sehr die Schwierigkeit späterer Prüfung der Gegenstände, als die Nothwendigkeit der Feststellung ihrer Identität, was keinen Aufschub gestattet und, wenn letztere nicht verlässlich in anderer Weise erfolgen kann, den Augenschein nöthig macht. Von grösster Wichtigkeit ist auch die Zeitfrage. Sehr oft ist es entscheidend, dass die Feststellung erfolge, ehe absichtliche oder zufällige Veränderungen ein-

---

[268] Es lässt sich übrigens nicht verkennen, dass zwar sicherlich die richterliche Einnahme des Augenscheins die Regel bilden soll, von der nur aus besonders wichtigen Gründen abzugehen ist, dass aber solche Gründe nach zwei Seiten hin wirksam sein können. Einerseits kann die Geringfügigkeit oder Einfachheit der etwa wünschenswerthen Besichtigung (wie z. B. wenn es sich um Diebstahl durch Einsteigen, um Beschädigungen von Bäumen, Wegen u. dgl., um die Nichtbeobachtung polizeilicher Anordnungen in Bezug auf örtliche Veranstaltungen u. dgl. handelt, ferner bei Hausdurchsuchungen, die eventuell zur einfachen Constatirung sachlicher Beweise dienen können) Anlass dazu geben, dass die gerichtliche Intervention unterbleibt und durch Zeugenvernehmungen ersetzt wird, welche indess nicht immer werthvoller sind, als Protokolle von nichtrichterlichen Behörden. Denn das Zeugniss wird in vielen Fällen das des Beschädigten sein, also gewiss weniger unbefangen, als das einer Behörde, oder das der untergeordneten polizeilichen Organe, denen man das Geschäft eben deshalb überlässt, weil kein Protokoll aufzunehmen ist, und bei welchem jedenfalls der Vortheil der an Ort und Stelle, angesichts der Gegenstände erfolgten amtlichen Beschreibung verloren geht. — Im Gegensatz hiezu giebt es verwickelte Fälle, wo sich zuerst eine Verwaltungsbehörde an Ort und Stelle einfindet, und wo diese oft bessere Gelegenheit und Fähigkeit hat, das wirklich erhebliche zu erkennen und verlässlich festzustellen. Dies ward im älteren Recht hauptsächlich bei Brandstiftungsfällen anerkannt; heutzutage gilt es namentlich von schuldhafter Herbeiführung von Bau-, Bergwerks- und Eisenbahnunfällen u. dgl. Dürfen die bei solchen Gelegenheiten aufgenommenen Protokolle der Verwaltungsbehörde in der Hauptverhandlung nicht benutzt werden, so ist es um so wünschenswerther, dass der gerichtliche Augenschein gleichzeitig und im Zusammenwirken mit den Untersuchungen der Verwaltungsbehörden vor sich gehe. Vgl. über die Frage der polizeilichen Augenscheineinnahme bayer. StG v. 1813 II Art. 234; Mittermaier, Beweis S 170; derselbe, Strafverfahren II 323 Anm 8; Zachariä, Handbuch II 218; Walther, bayer. StP S 199.

treten oder vermuthet werden können; eben darum kann nach Ablauf einiger Zeit der Akt so werthlos werden, dass es nicht mehr die Mühe lohnt, ihn vorzunehmen, und dass es im Gegentheil bedenklich wird, Feststellungen, die gar nichts mehr beweisen, das Gepräge richterlicher Beglaubigung aufzudrücken.

Wie schwer aber auch immer der Fehler sein mag, der in der Unterlassung rechtzeitiger Einnahme des Augenscheins liegt, so gilt doch im heutigen Strafprozess noch unbestreitbarer, was schon im alten inquisitorischen Prozess anerkannt werden musste: dass der Wegfall des bestmöglichen Beweismittels der Zulassung anderer Beweise nicht im Wege steht (vgl. oben S 80 ff.). Ganz anders ist also zu entscheiden, wenn es sich darum handelt, ob ein Augenschein unterbleiben und durch andere Beweise ersetzt werden soll, der noch vollkommen beweiskräftig aufgenommen werden kann, anders, wenn es sich frägt, ob jener Ersatz zugelassen werden soll, nachdem der Augenschein selbst unmöglich geworden ist. Wenn man hier geneigt sein mag, unterlaufenen Unterlassungen zum Schutz des Angeklagten eine weitgehende Wirkung beizumessen, so kann doch nicht übersehen werden, dass das Beweisrecht nicht einseitig im Interesse des einen Theils gestaltet werden darf und dass jede Ausschliessung wirklich verwerthbarer Mittel zur Aufklärung des Sachverhaltes auch dem Angeklagten verderblich werden kann. Es darf daher auch die Frage, ob der verlorene bessere Beweis zu ersetzen ist, nicht unter den Gesichtspunkt einer Art Bestrafung vorausgegangener Verabsäumung gebracht werden; nur darauf kann es ankommen, ob von dem in Aussicht gestellten Beweismittel eine wirklich verlässliche Auskunft über die festzustellenden Thatsachen erwartet werden kann; wird es zurückgewiesen, so darf es nur aus dem Grunde geschehen, dass es ungeeignet ist, das zu beweisen, was es beweisen soll, nicht aber deshalb, weil ein anderes, verlässlicheres Beweismittel hätte beschafft werden können und sollen; wird es zugelassen, so wird allerdings alles berücksichtigt werden müssen, was an Gewähr für eine richtige Entscheidung nun fehlt und was an Gefahr der Irreführung neu hinzugekommen ist.

III. Der Beweiswerth des Augenscheins[269] und der Grund der Beweiskraft des darüber aufgenommenen Protokolles hängt von folgenden Verhältnissen ab:

1. Das Protokoll ist das amtliche, schriftliche Zeugniss des Richters (unterstützt durch die Bestätigung, welche die Mitwirkung des Gerichtsschreibers und in der Regel auch der Parteien gewährt)

---

[269] Frydmann S 228 ff.

über persönlich gemachte Wahrnehmungen. Es wird ihm Glauben geschenkt, weil aller Grund vorhanden ist, anzunehmen, dass der Richter in der Lage war, genau und vorsichtig zu beobachten, seine Wahrnehmungen deutlich und der Wahrheit entsprechend zu Papier zu bringen, und dass er dies auch wirklich thun wollte.

2. Die Vorzüge dieses Beweismittels vor anderen bestehen in folgendem:

a. Die Persönlichkeit des Zeugen giebt die möglich grösste Gewähr, sowohl bezüglich der Fähigkeit als des Willens, die Wahrheit zu bezeugen. Denn weder der Zufall noch Willkür können für seine Auswahl maassgebend gewesen sein. Diejenigen Umstände, welche die Unbefangenheit eines Zeugen am meisten zu beeinträchtigen oder zu verdächtigen geeignet sind, können bei ihm gar nicht eintreten, ohne ihn vom Einschreiten fern zu halten. Seine Berufsbildung verbürgt eine vorzugsweise Eignung für das Geschäft, dem er sich unterzieht; die ihm gebotene Gelegenheit, sich vorher darüber zu unterrichten, worauf es ankommt, die ihm innewohnende Autorität, vermöge deren er sich jede wünschenswerthe Aufklärung zugänglich machen kann, lassen annehmen, dass sein Zeugniss nicht blos eine getreue, sondern auch eine alles wesentliche erschöpfende Darstellung dessen, was wahrzunehmen war, biete. Im Gegensatz hiezu muss man sonst mit Zeugen sich begnügen, die der Zufall darbietet, deren Fähigkeit und Gelegenheit zur Beobachtung, deren Aufmerksamkeit auf das zu beobachtende, deren Geneigtheit, die Wahrheit zu sagen, oft sehr mangelhaft sein können, jedenfalls aber nicht im gleichen Maass verbürgt sind und erst geprüft werden müssen.

b. Die Natur der zu beobachtenden Gegenstände erleichtert die Darstellung der Wahrheit insofern, als es sich nicht um unerwartete und von allen Seiten eindringende Eindrücke handelt, sondern in der Regel, wenngleich rasches Einschreiten nothwendig ist, um Veränderungen zuvorzukommen, doch Zeit bleibt, methodisch vorzugehen, einen Gegenstand nach dem andern zu prüfen, das Ergebniss der Wahrnehmung für die Dauer festzustellen, durch Vergleichung des eigenen Eindruckes mit dem anderer und mit den Behauptungen Betheiligter etwaige Irrthümer auszuschliessen, — ehe zur Prüfung eines anderen Gegenstandes übergegangen wird. Es kann nicht, wie beim gewöhnlichen Zeugniss, leicht vorkommen, dass ein Vorgang die Aufmerksamkeit von einem anderen gleichzeitigen ablenkt, dass im Gedächtniss sich rasch die empfangenen Eindrücke vermischen oder verwischen, dass widersprechende oder doch von einander sehr abweichende Angaben von Zeugen gemacht werden, denen gleiche Wahrheitsliebe

beigemessen werden darf, die aber zur Zeit des beobachteten Vorfalles durch physische und moralische Verhältnisse beeinflusst waren, welche bewirkten, dass sie das gleiche nicht gleichmässig erkennen konnten.

c. Die grossen Vortheile, welche die gleichzeitige Beschreibung der gemachten Wahrnehmungen bietet, sind diesem Beweismittel ganz eigenthümlich. (Vgl. Glaser, Handbuch § 55 I Nr. 4.) Es hat ferner einen grossen Werth, dass hier das Zeugniss zu einer Zeit unabänderlich gemacht wird, wo noch kein Gedächtnissfehler dasselbe schädigen kann, wo die Wichtigkeit oder Beziehung einer festgestellten Thatsache vielleicht noch gar nicht erkannt und die Darstellung nicht von dem Wunsche beeinflusst sein kann, einen bestimmten Zweck dadurch zu erreichen.

3. Die relativen Nachtheile bestehen in folgendem:

a. Das gewöhnliche Zeugniss ist unmittelbar in der Hauptverhandlung abzulegen und wird dort der eingreifendsten Prüfung durch allseitige Befragung unterworfen. Der Zeuge wird in der grossen Mehrzahl der Fälle wiederholt vernommen, und die Wiederholung der Erzählung bildet bekanntlich ein wichtiges Mittel der Kritik. Die unbedingte Verlässlichkeit des Zeugen wird nicht als selbstverständlich vorausgesetzt, sondern sie muss von Fall zu Fall erprobt werden, und es drängt sich jedem Urtheiler der Gedanke auf, dass der Werth des Zeugnisses wesentlich von der persönlichen Beschaffenheit des Zeugen abhängt. Alles dies geht beim amtlichen Zeugniss des Richters entweder nothwendig oder doch sehr leicht verloren. Man wird nicht sehr geneigt sein, eine nochmalige Vernehmung der beim Augenschein betheiligten Personen zuzulassen; und wenn sie doch stattfindet, so wird die Geneigtheit, sie über sich ergehen zu lassen, auf Seite des Richters schon deshalb keine grosse sein, weil sich sonst solche Wiederholungen des Zeugnisses sehr häufen könnten. Aber auch abgesehen von der Geneigtheit wird der zu vernehmende mit Recht geltend machen, dass er selbst lieber der gleichzeitig gemachten Aufzeichnung als seiner Erinnerung trauen möge, zumal es erfahrungsgemäss ist, dass das Gedächtniss dasjenige leicht fallen lässt, bezüglich dessen die Beruhigung gegeben ist, dass es durch Aufzeichnung der Vergessenheit entrückt ist. — Erscheint aber die Person des Richters gar nicht, so ist die Möglichkeit der Aufdeckung etwa doch vorhandener, aus derselben zu schöpfender Bedenken gegen die Verlässlichkeit des Zeugnisses eine sehr entfernte.

b. Der Akt der Augenscheineinnahme fordert einen hohen Grad von Umsicht und Geschicklichkeit. Fehler können dabei sehr leicht

unterlaufen und doch durch das Protokoll um so leichter verdeckt werden, weil sie fast immer auf Uebersehen beruhen. So rasch eingeschritten wird, so wird das Gericht fast immer später am Platze sein, als Personen, welche ein Interesse an der Verdunkelung der Wahrheit haben und welche, die Vornahme des Augenscheins voraussehend, leicht Veränderungen vornehmen können, welche bei der grossen Geneigtheit der Menschen, sachlichen Beweismitteln als solchen, die nicht lügen können, Glauben zu schenken, verhängnissvolle Irrthümer hervorrufen können. Alles dies trifft beim Zeugniss nicht so leicht ein oder es ist leichter zu enthüllen, da es nicht, wie das Augenscheinsprotokoll, als ein fertiges Ganzes hingestellt wird.

4. Die Prüfung des Werthes eines gegebenen Augenscheinsprotokolles[270] wird sich naturgemäss auf folgendes beziehen:

a. Auf die Form des Protokolles und dessen äussere Erscheinung, die gehörige Beglaubigung des Aktenstückes selbst und seiner Beilagen, die Spuren, die etwa darauf hindeuten, ob es wirklich an Ort und Stelle von Schritt zu Schritt aufgenommen oder nachträglich abgefasst ist.

b. Der Inhalt des Protokolles stellt ein Zeugniss, eine Aussage, dar. Alles also, was gestattet, den Werth des Zeugnisses aus der Beschaffenheit der Aussage, ihrer Deutlichkeit, ihrer inneren Folgerichtigkeit, ihrer Uebereinstimmung mit anderweitigen Ergebnissen des Prozesses zu erproben, muss hier ebenso berücksichtigt werden wie beim gewöhnlichen Zeugniss (vgl. oben §§ 5 u. 6).

c. Erscheint der Bericht über die Wahrnehmungen als völlig verlässlich, so wendet sich die Prüfung dem Vorgange selbst zu, welcher die bezeugten Beobachtungen geliefert hat. Von grösster Bedeutung ist hier der Zeitpunkt der Einnahme des Augenscheins. Die Verspätung bringt die Gefahr von Veränderungen mit sich, deren Uebersehen ganz falsche Schlussfolgerungen herbeiführen muss. Allein es kann immerhin auch, und in diesem Falle ohne Verschulden des

---

[270] Geyer in HH I 228 ff. Aus der älteren Literatur siehe namentlich Mittermaier, Beweis S 178 ff.; derselbe, Strafverfahren I 538. 539. Hier heisst es bezüglich des den Augenschein vornehmenden Richters: „Seine Aussage über das Ergebniss seiner Beobachtung enthält ein Zeugniss, dessen Kraft in der Unparteilichkeit des Zeugen, in der Besonnenheit und in der Ueberlegung bei der Vornahme seiner Beobachtung . . . und in der Ueberwachung liegt, welche die Besetzung des Gerichts gewährt", s. daselbst II 322. Vgl. Müller § 124. Zachariä, Handbuch II 424 bezeichnet als die Glaubwürdigkeit des Augenscheins beeinträchtigend, „abgesehen von den die persönliche Glaubwürdigkeit des Berichterstatters möglicherweise verdächtigenden Umständen, alles, was gegen die Genauigkeit, Sicherheit und Vollständigkeit der Beobachtung, sowie gegen die Identität und Integrität des Objectes derselben Bedenken zu erregen geeignet ist".

Richters, der Zeitpunkt ein zu früher gewesen sein. Thatumstände können unbeachtet geblieben sein, deren Bedeutung zur Zeit der Aufnahme des Beweises noch nicht erkennbar war. Ebenso einflussreich ist die Methode des Vorgehens. Das wichtigste ist hier die Sicherung der Identität der besichtigten Gegenstände und des Nachweises derselben; es muss erkennbar sein, worauf die Annahme derselben beruhte. Sobald der Verdacht einer Verwechselung, einer Unterschiebung auftauchen kann, sobald zu besorgen ist, dass Wahrnehmungen, die an einem Gegenstand gemacht wurden, irrig einem anderen zugeschrieben wurden, wird die Beweiskraft des Augenscheins beeinträchtigt. Das gleiche gilt von zu Tage tretenden Ungenauigkeiten der Beobachtung und Beschreibung; z. B. wenn man sich mit beiläufigen Angaben begnügte, wo vollständige Präcisirung thunlich und nach der Natur des Falles nöthig war, — wenn Gegenstände, die hätten aufbewahrt und wiederholter Besichtigung zugänglich erhalten werden können, nur beschrieben wurden. Ein weiteres schweres Gebrechen ist zu Tage tretende Unvollständigkeit der Beobachtung, besonders wenn sich zeigt, dass dieselbe in einer vorgefassten Meinung des Leiters des Untersuchungsaktes ihren Grund hat. Noch mehr Bedenken aber muss es erregen, wenn sich zeigt, dass Erprobungen in zweckwidriger Weise vorgenommen wurden, oder dass der Richter Wahrnehmungen bezeugt, zu deren Anstellung ihm die Befähigung abgeht, also wenn er unterlassen hat, Sachverständige beizuziehen, wo solche nach Lage des Falles hätten beigezogen werden sollen, und dann bestätigt, was er nicht richtig aufzufassen und wahrzunehmen im Stande war. Das grösste aller Bedenken aber müsste die erwiesene Unrichtigkeit einer thatsächlichen Angabe erregen; von der Wichtigkeit des Gegenstandes der letzteren und der muthmaasslichen Veranlassung des Fehlers hängt es dann ab, ob die übrigen Angaben nur mit grossem Misstrauen zu betrachten sind oder alle Glaubwürdigkeit verlieren.

d. Von Einfluss ist ferner die Frage, ob die Parteien am Augenschein sich betheiligten — ob die Nichtbetheiligung in mangelhafter Erfüllung der darüber bestehenden gesetzlichen Vorschriften ihren Grund hat — wie sich im Falle der Betheiligung die Parteien bei der Vornahme des Aktes verhielten?

e. Endlich kann die Persönlichkeit des Richters in Betracht kommen. Allerdings ist durch die Bestimmungen über Ausschliessung und Ablehnung des Richters mit Recht dafür gesorgt, dass der letztere in den Fällen, wo er als Zeuge bedenklich wäre, überhaupt nicht leicht einschreiten wird. Mag man aber die Nichtigkeit der

Augenscheineinnahme[271] selbst dann eintreten lassen, wenn zur Zeit des Einschreitens dem Richter der Ausschliessungsgrund noch gar nicht bekannt war, so wird es jedenfalls vorkommen können, dass der Richter nicht abgelehnt wurde, obgleich ein Ablehnungsgrund vorhanden war, namentlich wenn die ihn mit sich führende Thatsache selbst oder die Beziehung des von ihr berührten zum Prozess erst später bekannt ward. Diese Verhältnisse können und müssen daher zur Sprache gebracht werden. Der Einfluss, den sie auf den Beweiswerth des Augenscheinsprotokolles üben, ist Gegenstand individueller Beurtheilung. Uebersehen darf man dabei allerdings nicht, dass doch auch sonst bedenkliche Zeugen nicht unbedingt ausgeschlossen sind und dass denjenigen Motiven, welche den Richter etwa befangen machen, andere entgegenwirken, die ihn in den meisten Fällen nöthigen werden, seine Pflicht gewissenhaft und unparteiisch zu erfüllen.

IV. Ist das Augenscheinsprotokoll nichtig oder tauchen Bedenken der vorbezeichneten Art auf, deren Anregung und Darthuung Gegenstand der Kritik, theils auch des Gegenbeweises ist, und erweisen sich die Bedenken als begründet, so entsteht zunächst die Frage, ob durch Wiederholung oder Ergänzung des Augenscheines eine verlässliche Aufklärung des Sachverhaltes zu erwarten ist. Muss dies verneint werden, so kann es möglich sein, durch Vernehmung von Zeugen, worunter auch die am Augenschein betheiligten Personen zu zählen sind, Aufklärung zu gewinnen. Dies muss dann auch geschehen. Schlägt all dies fehl, dann kann der Versuch gemacht werden, durch Benutzung anderer Erkenntnissquellen die Thatsachen zu beweisen, welche durch Folgerung aus den Ergebnissen des Augenscheins bewiesen werden sollten. Auch neben der Benutzung des Augenscheins kann übrigens eine solche Beweisführung, sei es die erstere unterstützend, sei es als Gegenbeweisführung, stattfinden.

Aus alle dem ergiebt sich, dass das Beweismittel des Augenscheines der freien Beweiswürdigung keinen geringeren Spielraum gewährt, als andere Beweismittel.

§ 12. Sachverständige.

I. Die geschichtliche Entwickelung des Sachverständigenbeweises in Deutschland nahm ihren Weg hauptsächlich durch den sog. gemischten Augenschein, wie ihn der gemeine deutsche Inquisitionsprozess ausbildete. Es kann daher genügen, das bezüglich des-

[271] Löwe Bem 5b zu § 248 und Bem 2 zu § 29.

selben oben § 11 I gesagte (und die Darstellung in meinem Handbuch § 56) durch eine vergleichende Erwähnung des französischen und englischen Rechts zu ergänzen.

Wesentlich verschieden war nämlich, trotz der gleichen historischen Grundlagen, die Entwickelung der Stellung des Sachverständigenbeweises in Frankreich[272]. Ohne dass auf die ältere Geschichte hier eingegangen wird, kann bemerkt werden, dass der Code d'instruction criminelle diese Frage, wie so viele andere, der Praxis überliess, welche natürlich in erster Linie durch ältere Traditionen, in zweiter durch das hervortretende Bedürfniss und die sich durchkreuzenden Bestrebungen der Betheiligten geleitet wurde. Nur nebenher, bei Regelung des Einschreitens des Staatsanwaltes im Fall des flagrant délit, spricht Art. 44 davon, dass bei Verdacht gewaltsamen Todes der Staatsanwalt „se fera assister d'un ou de deux officiers de santé, qui feront leur rapport sur les causes de la mort et sur l'état du cadavre“. Noch allgemeiner ist die im Artikel 43 dem Staatsanwalt eingeräumte Befugniss, überhaupt eine oder zwei Personen mitzubringen, présumées par leur art ou profession capables d'apprécier la nature et les circonstances du crime ou délit. — In diesen beiden Bestimmungen, deren Ausdehnung auf den Untersuchungsrichter auf dem (allerdings nur vom Falle des flagrant délit handelnden) Art. 59 beruht, besteht das ganze geschriebene Recht Frankreichs über die prozessuale Stellung der Sachverständigen. Doctrin und Praxis haben aus der im Art. 61 dem Untersuchungsrichter auferlegten Pflicht, all das vorzunehmen, was zur Enthüllung der Wahrheit dienlich sein kann, das Recht abgeleitet[273], die expertise in jedem Stadium des Verfahrens, vor jedem Jurisdictionsgrad eintreten zu lassen[274]. Geht man nun auf die Details ein, so verliert man sich bald in unlösbaren Widersprüchen, wenn man

[272] Bonnier I 128—131. 144—150. Hélie, Traité de l'instr. crim. Nr 111. 112. 123—129 §§ 364—367. 500. 557. 646, vol. V p 648 ss. VII 317 VIII 778; 2. éd. Nr 1889—1899. 2903. 3550—3555. Hélie, Pratique Nr 100. 185. 186. 311—316. 463—466. 789—794 p 53. 95 ss. 155 ss. 228. 229. 414—417. Morin, Répertoire verbo „Expertise“. Duverger, Manuel des juges d'instruction Nr 149. 226 ss. 735, vol. II p 82 ss. 256 ss. Mangin, Instr. écrite Nr 83—86, I 139 ss. Trébutien titre 4 ch. 1 sect. 4 § 3, II 410. Rolland de Villargues bei Art. 44 Code d'Instr. Nr 544. 553. S. auch die Literaturangaben in Mittermaiers Strafverfahren I 546. 547. Glaser, Vorber. der Hauptverhandl. § 7 V (Kl. Schriften S 598).

[273] Hélie l. c. § 364 I, V 648. Derselbe, Pratique I Nr 100. Borsani e Casorati II 360.

[274] L'expertise est un moyen commun à toutes les juridictions. Hélie, Prat. I Nr 311. Vgl. das. Nr 463 u. 789.

nicht sich klar macht, dass die Stellung des Beweismittels im französischen Prozess eine andere ist, als sie es im deutschen Strafverfahren war und ist. Unter der Expertise versteht die französische Praxis die Entsendung von Fachmännern zum Zwecke einer thatsächlichen Feststellung, sei es einer Untersuchung (vérification par expertise) oder eines Experimentes[275]. So nahe das Gesetz es zu legen scheint, dass eine gemeinschaftliche Untersuchung vorgenommen werde, so erscheint doch die Thätigkeit der Sachverständigen als eine selbständige. Der Richter erlässt eine Ordonnanz, welche die Expertise anordnet, die Experten bezeichnet und ihnen die von ihnen zu lösenden Fragen vorlegt. Den Operationen der Sachverständigen beizuwohnen steht dem Richter frei; aber die Sachverständigen verfassen selbst ihren Bericht (rapport)[276]. Eben darum fügt sich das Beweismittel leicht auch in die Vorbereitung der Hauptverhandlung und in diese selbst ein; das Gericht — und zwar in Schwurgerichtsfällen sowohl der Präsident kraft der discretionären Gewalt, als auch der Assisenhof — kann von Amts wegen (pour éclairer sa conscience) oder auf Antrag die Expertise verfügen, selbst vor Beginn der Hauptverhandlung, namentlich zum Zweck der Vorbereitung der Entscheidung über Schadenersatz, eine Abschätzung veranlassen. Ueber die gestellten Anträge auf Vornahme einer Expertise entscheidet es nach freier Beurtheilung des Falles und seiner Bedürfnisse[277]. Die Anwesenheit des Angeschuldigten ist nicht nur in der Voruntersuchung ausgeschlossen, sondern auch in den Fällen, wo die Expertise in der Hauptverhandlung angeordnet wird[278], ausgenommen es würde die Operation in der Sitzung selbst vorgenommen. Die Ernennung steht dem Gericht zu. — Eine Reihe von charakteristischen Eigenthümlichkeiten sondert also die

[275] Le juge ne peut procéder lui-même à l'expertise. Il doit la déléguer à des hommes spéciaux; Hélie, Pratique Nr 315. Toutes les fois que la constatation du crime ou de quelqu'une de ses circonstances essentielles ne peut se faire qu'à l'aide de vérifications spéciales ou d'opérations médico-légales le procureur de la République se fait assister soit d'experts, soit de médecins et leur délègue . . . la mission de procéder aux actes qu'il leur indique; l. c. Nr 100. Le juge délègue les actes qu'il ne peut accomplir lui-même; Nr 185.

[276] Hélie, Pratique Nr 186.

[277] Es bedarf zur Zurückweisung einer motivirten Entscheidung; die Begründung ist ausreichend (CHE v. 12. Jan. 1846) en déclarant expressément ou que le fait qu'elle aurait pour objet d'établir ne serait ni pertinent, ni concluant ou qu'il se trouve suffisamment éclairci par les débats et que ce moyen de preuve lui paraît inutile. Hélie, Pratique Nr 313. Ebenso das. Nr 464.

[278] L. c. Nr 791. 792. Selbstverständlich müssen die Sachverständigen aber in der öffentlichen Sitzung ihren Bericht erstatten.

Sachverständigen von den Zeugen; es kommt nun noch folgendes dazu: Jene haben einen besonderen Eid zu leisten, der allerdings auch nur auf die eben geschilderte Form der Expertise passt (de faire leur rapport et de donner leur avis en leur honneur et conscience); auf diesen Eid kann in derselben Strafsache Bezug genommen werden, ohne dass es einer Wiederholung bedarf, während der Zeugeneid den Eid der Experten nicht ersetzt[279]. — Auch die rechtliche Befähigung zur Wirksamkeit der Sachverständigen richtet sich nach ganz anderen Grundsätzen, als bei den Zeugen[280]; die Parteien sind aber in der Hauptverhandlung über die Wahl der Sachverständigen zu hören, und der Cassationshof (Erk. v. 27. April 1832) spricht ihnen das gleiche (nicht näher definirte) Recht der motivirten Ablehnung zu, welches bezüglich der Dolmetscher ihnen der Art. 332 des Gesetzes einräumt[281]. Endlich statuirt das Gesetz nicht ausdrücklich einen Zwang, sich als Sachverständigen verwenden zu lassen, und die Versuche, Gesetzesstellen dazu auszunützen, die nicht klar auf den Fall hinweisen, stossen auf Widerspruch[282]. Das Hauptgewicht aber bezüglich der Unterscheidung zwischen Zeugen und Experten wird auf die Wahl der letzteren durch den Richter gelegt[283].

---

[279] Rolland de Villargues bei Art. 44 Nr 23—25. 36. 37. Der Eid wird abgelegt vor der Untersuchung (avant de procéder à son examen), und es wird dies mit als ein Grund dafür angesehen, dass er durch den erst vor der Vernehmung in der Hauptverhandlung abzulegenden Zeugeneid nicht ersetzt werden kann. Vgl. und zwar auch bezüglich des französischen Rechtes Borsani e Casorati l. c. § 707.

[280] Hélie, Pratique Nr 790. Es wird ausdrücklich erwähnt, dass auch Weiber und Minderjährige Experte sein können, sowie auch Zeugen ou autres personnes appartenant au procès.

[281] Hélie l. c. Nr 780. 790; dagegen Mangin l. c. I 143 Nr 86. Rolland Art. 44 Nr 48.

[282] Hélie, Instr. § 366 II, vol. V p 656, 2. éd. Nr 1894. 1895; Pratique I Nr 185: Il paraît difficile d'appliquer au simple refus d'un concours scientifique ou industriel l'une ou l'autre disposition — nämlich die des Art. 80 (Zeugenzwang) oder der Z. 12 des Art. 475 Code pénal (Verweigerung der geforderten Hilfe bei Unfällen . . . , flagrant délit oder richterlicher Vollstreckung). Vgl. Rolland bei letzterem Artikel § 12 Nr 11. 12. S. auch Borsani e Casorati II 363—366, wobei bemerkt wird, dass das ital. Regol. di procedura penale, das in dieser Materie erheblich vom französischen Recht abweicht, für die Bestrafung der ohne gegründete Ursache (giusti motivi) ihre Dienste verweigernden Sachverständigen vorsorgt: Art. 159, s. auch Mel p 100. Letzterer bemerkt ausdrücklich, dass der Zwang nicht eintritt, wenn die Ladung blos von Privaten unmittelbar bewirkt ist.

[283] On ne doit pas confondre les experts et les témoins: les experts, choisis par le juge, ont une mission volontaire, apprécient le fait soumis à leur examen

Allein auf der anderen Seite steht ein unbeschränktes Recht der Parteien zur Ladung beliebiger Zeugen in die Hauptverhandlung und, wie es scheint, das Recht einer unbegrenzten Befragung von Zeugen über die mannichfaltigsten Gegenstände und insbesondere über ihre Meinungen und Ansichten. Kommt es nun schon bei den gerichtlich bestellten Experten vor, dass man schwankt, ob sie nicht, wenn sie in der Hauptverhandlung erscheinen, um über die Ergebnisse der ausser derselben vorgenommenen Operationen und Besichtigungen sich auszusprechen, den Zeugeneid zu leisten haben, so liegt es noch näher, die auf Antrag der Parteien in die Hauptverhandlung geladenen Sachkundigen, welche lediglich eine Ansicht vom wissenschaftlichen Standpunkt darzulegen haben, in Bezug auf Ladung und Eid als Zeugen zu behandeln [284]. Unter dem Namen von Zeugen können also Sachverständige in die Hauptverhandlung gebracht werden, welche dort entweder über privatim gemachte Wahrnehmungen aussagen oder ihr Gutachten (avis), im Gegensatz zum Befund (rapport), abgeben. Umgekehrt ist es nicht unbedingt nothwendig, dass der Bericht der Sachverständigen in irgend einem seiner Theile durch mündliche Vernehmung in der Hauptverhandlung ersetzt [285] oder ergänzt werde; der Bericht selbst ist ein Document, das, wenn es formgerecht ist, in der Hauptverhandlung verlesen werden kann; wird es dadurch in diese einbezogen, so ist damit dem Princip der contradictorischen Verhand-

---

et expriment une opinion qui est le résultat de cet examen. Hélie, Pratique I Nr 185.

[284] Rolland de Villargues Art. 44 Nr 18—43. Hélie, Pratique Nr 791. Die Verwirrung und das Schwanken bezüglich der Form des Eides ist auffallend; es kommen auch CHEe vor, nach welchen Personen den Sachverständigeneid leisten sollen, die nicht als Experte bestellt waren und nur in die Hauptverhandlung geladen wurden, um Aufklärungen zu ertheilen, z. B. über chemische Operationen des Beschuldigten (CHE v. 13. Juni 1835), oder pour donner son avis sur une pièce à conviction (CHE v. 21. August 1835, Fall La Roncière), auch Fälle, wo beide Eide gefordert werden oder es für gleichgiltig erklärt wird, welcher geleistet wurde. Das im Text gesagte ist aber das vorherrschend eingehaltene, und die Hauptsache dabei, dass alle angeführten Bestimmungen nur die Vornahme einer Expertise, nicht aber die Vernehmung von Sachverständigen über ihre Beurtheilung von anderweitig festgestellten Befunden und Vorgängen betreffen. Offenbar unterliegen aber zu diesem Zweck geladene auch dem Zeugenzwang.

[285] Eine Ausnahme scheinen die Expertisen zu machen, welche erst in der Hauptverhandlung angeordnet worden. Ein CHE v. 17. April 1838 (Hélie, Instruction § 646 V, vol. VIII p 782; 2. éd. Nr 3555; Hélie, Pratique Nr 792; Rolland de Villargues, Art. 44 Nr 60) verlangt, dass die „vom Assisenhof bestellten Sachverständigen das Ergebniss ihrer Operationen in öffentlicher Sitzung und in Gegenwart des Angeklagten bekanntgeben“.

lung genüge gethan[286]. Dagegen wird auch andrerseits in aller Entschiedenheit die Freiheit des Richters in Beurtheilung der Darlegungen der Sachverständigen betont. „Die Expertise bildet nicht einen gesetzlichen Beweis (preuve légale — offenbar im Sinne von: vollen Beweis) der Thatsachen, auf welche sie sich bezieht; sie ist nur ein Element der Untersuchung, ein Beweismittel". „Die Sachverständigen sind für ihr Gutachten nur vor ihrem Gewissen verantwortlich; es bindet die Richter nicht; diesen bleibt die volle Freiheit, es zu würdigen, die Grundlagen desselben zu erörtern, die Folgerungen zu überprüfen" [287].

II. Das englische Recht[288] kennt allerdings die uralte Leichenschau im Gericht des Coroner, und dabei werden jetzt nicht blos regelmässig Aerzte beigezogen, sondern es wird auch das Amt des Coroner selbst mit Vorliebe Aerzten übertragen. Allein die Untersuchung durch den Coroner ist ohne Bedeutung für die Hauptverhandlung, abgesehen natürlich davon, dass sie die Gewähr dafür bietet, dass ein Arzt vorhanden ist, der über die Leichenbesichtigung in der Hauptverhandlung auszusagen vermag. Bezüglich der Beschaffung des Beweismaterials für die Hauptverhandlung nehmen aber die Sachverständigen keine Ausnahmestellung ein; sie werden als Zeugen angesehen, deren Auswahl und Ladung von den Parteien zu bewirken ist und deren Vernehmung nicht ohne Einreihung in die Kategorien der Belastungs- und Entlastungszeugen vor sich gehen

---

[286] Hélie, Pratique Nr 646 p 330. Mit CHE v. 8. Aug. 1867 (Rolland l. c. Nr 47) erfolgte wegen der Mittheilung eines procès-verbal d'un expert an die Jury die Vernichtung des Wahrspruches, aber nur weil die Beeidigung des Sachverständigen nicht genügend dargethan war. Selbst die Benutzung einer von einem anderen Gericht in einer anderen Strafsache aufgenommenen Expertise wird für zulässig erachtet; Hélie, Pratique Nr 464; Rolland bei Art. 154 Nr 553 pourvu qu'il soit soumis à un débat contradictoire (CHE v. 12. Febr. 1858 und 30. Jänner 1869.) Andererseits findet man es unbedenklich, den Sachverständigen zu gestatten, sich durch eine selbständige Procedur (soit de la bouche de différentes personnes, soit par un examen personnel) alle Aufklärungen zu verschaffen, deren sie zur Beantwortung der ihnen gestellten Fragen bedürfen. Rolland bei Art. 44 Nr 49. 50.

[287] Hélie, Pratique Nr 465, s. auch Nr 316. Vgl. desselben Instruction vol. VI p 323; 2. éd. Nr 2623; éd. Brux. Nr 3763. Rolland bei Art. 44 Nr 61. 62, bei Art. 154 Nr 567.

[288] Mittermaier, Das englische Strafverf. S 335. Bentham, Theorie des gerichtl. Beweises Buch 4 Kap. 8 und Buch 5 Kap. 2 S 160 Z. 3, S 174. Greenleaf I §§ 440 sq. Roscoe p 135. 136. Taylor §§ 1271 sq. Best §§ 511 ss. (deutsche Ausg. S 333 ff.). Stephen, Digest Art. 49—52. Derselbe, General view ch. VI p 212 sq. Wills, Circumstantial evidence ch. 3 sq., ch. 7 sect. 4 a. 5 p 99. 217. 218. 231—235. 265 sq.

kann. Es wird in England der grösste Werth darauf gelegt, die unvermeidlichen Eigenthümlichkeiten der gerichtlichen Verwerthung der Kenntnisse der Sachverständigen möglichst einzuschränken und dieselben auf dem Boden des Zeugnisses festzuhalten. Der Unterschied zwischen eigens angestellten Beobachtungen und zufälligen Wahrnehmungen bleibt gänzlich unbeachtet. Dagegen konnte man allerdings, da das englische Beweisrecht nicht gestattet, an Zeugen Fragen zu stellen, deren Beantwortung nicht ein zulässiges Beweismaterial bieten kann, und da man es im allgemeinen für sehr unzulässig halten würde, einen gewöhnlichen Zeugen um seine Meinung über eine zu beweisende Thatsache zu fragen, es nicht übersehen, dass hierin zu Gunsten der wissenschaftlichen Zeugen (scientific witnesses) eine Ausnahme gemacht werden müsse, und in dieser möglichst eingeengten Ausnahme besteht allein die Eigenthümlichkeit des — mit grosser Zurückhaltung und sichtlichem Misstrauen[289] — behandelten Sachverständigenbeweises. Stephen[290] fasst die Darstellung des geltenden Rechtes in folgende kurze Sätze zusammen: „Der Regel nach ... wird angenommen, es sei die Meinung einer Person über die Wahrheit oder Unwahrheit einer ... Thatsache irrelevant“. „Taucht aber eine Frage, die in das Gebiet der Wissenschaft oder Kunst gehört, auf, so sind die Meinungen, welche darüber Personen hegen, die in der Sache besondere Befähigung besitzen, selbst erhebliche Thatsachen ... Es ist die Pflicht des Richters ..., darüber zu entscheiden, ob eine Person, deren Meinung erwiesen werden soll, hinreichend befähigt ist, um als Experter über den fraglichen Gegenstand betrachtet werden zu können. Die Meinung des Experten über die Existenz oder Nicht-

[289] Wills sagt: If it be true, that proof is nothing more than a presumption of the highest order, a fortiori is such the case with respect to the testimony of .. scientific witnesses, which not unfrequently presents a sequence of presumptions grounded upon conflicting opinions, even with regard to the actual state of science. Such testimony is therefore of a nature sui generis and according to the attainments and means of knowledge of the witness, may be of little moment or deserving of entire and undoubting confidence ... By the law of England .. no peculiar authority is given to the testimony of a witness of this description; its value is estimated by the same general principles as are applied in estimating the capacity, credit and weight of all other witnesses. — Best § 514: But the weight due to this, as well as to every other kind of evidence, is to be determined by the tribunal: which should form its own judgment on the matters before it, and is not concluded by that of any witness, however highly qualified or respectable. Nor is this always an easy task; there being no evidence the value of which varies so immensely as that now under consideration, and respecting which it is so difficult to lay down any rules before hand.

[290] Digest l. c.

existenz der Thatsachen, über deren Beurtheilung er eine Meinung aussprechen soll, ist unerheblich, wenn er jene nicht selbst wahrgenommen hat“ [291]. „Thatsachen, welche sonst nicht erheblich sind, werden es, wo sie geeignet sind, für erheblich zu erachtende Urtheile der Sachverständigen zu bestätigen oder zu widerlegen“. — Die englischen Richter haben sich stets dagegen gesträubt, dass die Sachverständigen in der Weise um ihre Meinung gefragt werden, dass sie gewissermaassen ein Urtheil abgeben, z. B. ob der Angeklagte zur Zeit der That zurechnungsfähig war; weil damit dem Urtheil der Jury über die Wahrheit der Thatsachen, auf welche der Sachverständige sein Urtheil stützen musste (z. B. über das Vorhandensein bestimmter Wahnvorstellungen), vorgegriffen wird. Als der richtige Vorgang wird es angesehen, dass sachkundige Zeugen „nur über solche Gegenstände Zeugniss ablegen, von denen sie persönlich wissen oder über welche sie sich durch Studien Kenntnisse verschafft haben, ferner über solche Folgerungen, die aus den so erkannten oder aus nur hypothetisch hingestellten Thatsachen sich ergeben, soweit sie hiezu durch Studien oder Beruf befähigt sind; so werden der Jury die wissenschaftlichen Kriterien geboten, deren sie bedarf, um die Richtigkeit ihrer Schlussfolgerungen zu erproben und um sich, durch die Anwendung jener Kriterien auf die durch die vor ihnen erfolgte Beweisaufnahme festgestellten Thatsachen, ein selbständiges Urtheil zu bilden“ [292].

Hängt auch ein grosser Theil der auffallend abweichenden Haltung der englischen Praxis und Doctrin gegenüber dem Sachverständigenbeweis mit den Principien des Beweisrechts und mit der Stellung der Jury zusammen [293], so lässt sich doch nicht verkennen, dass

[291] The opinion of an expert as to the existence of the facts on which his opinion is to be given is irrelevant, unless he perceived them himself. Der jedenfalls ungenaue Satz bedarf, vielleicht auch in der oben gelieferten freien Uebersetzung, der vom Verfasser beigefügten Erläuterung durch ein Beispiel: Frägt es sich, ob A an Gift gestorben, so ist die Meinung der Sachverständigen darüber, ob das Gift, durch welches er getödtet sein soll, gewisse Symptome hervorbringe, erheblich; unerheblich aber ist es, ob der Experte glaubt, dass in der That bei A jene Symptome hervorgetreten seien.

[292] Wills l. c. p 102. Roscoe p 135. 136. Greenleaf I § 440. Taylor §§ 1273 sq.

[293] Der Widerwille gegen Einräumung eines allzu grossen Einflusses an die Sachverständigen verleitet Stephen, General view p 211 sq. in der Bekämpfung des kürzlich aufgetauchten Planes, eine Experten-Jury für gewisse Fälle aufzustellen, zu bedenklichen Paradoxien, wonach für richterliche Entscheidungen herrschende Irrthümer eher maassgebend sein sollten, als die der Zeit voreilende Einsicht hervorragender Forscher. Dies hindert ihn nicht, die Einfügung des Sachverständigenbeweises in das System der freien Würdigung des Beweisergebnisses

schlimme Erfahrungen oder wenigstens Bedenken erregende Erscheinungen, welche aus der Parteistellung der angerufenen Sachverständigen hervorgingen, darauf Einfluss üben [294].

Noch mag erwähnt werden, dass das englische Recht in einer

---

durch die Jury richtig und treffend darzulegen. Ueber die vorliegende Frage hinaus dient zur Charakterisirung der Grundgedanken des englischen Beweisrechts folgende Aeusserung: The object of trial by jury is, that punishment should not be inflicted unless an amount of proof be given, which has satisfied twelve ordinary men and is enough to satisfy all ordinary men, that the prisoner really is guilty . . . The reasonable demand (of the public) is that no one shall be punished unless his guilt be proved on grounds, which the bulk of the nation at large can understand. An omniscient and infallible judge who decided by process unintelligible to the world at large would not give satisfaction.

[294] So führt Wills p 102. 103 die Aeusserung eines Richters an, es sei nicht schwer, in Fragen, über welche die Begabtesten und Unterrichtetsten verschiedener Meinung sein könnten, Gutachten für jede der beiden Seiten beizubringen, und aus einem Werke von Dickson über schottisches Beweisrecht citirt er die bezeichnenden Worte: „Es giebt keine Art von Zeugniss, welche so leicht zu Gunsten des Beweisführers beeinflusst werden kann, wie das der Sachverständigen; gar mancher, der eine einfache Thatsache um keinen Preis vorsätzlich falsch darstellen würde, gelangt dahin, seine Ansichten den Wünschen derer, die ihn verwenden, anzupassen, und die zwischen beiden bestehende Verbindung beugt das Urtheil des Zeugen, ohne dass er sich dessen bewusst wird; darum kann man bei Handschriftenprüfungen auf beiden Seiten Sachverständige in gleich grosser Menge finden, und Ingenieure machen oft mehr den Eindruck von Advocaten, die für ihre Auftraggeber sprechen, als von Zeugen, die unter Eid ihre wahre Meinung sagen“. Und Wills selbst fügt hinzu: Nor is it possible, after the discreditable exhibitions, which have lately taken place in our courts of justice, to restrict the foregoing reproaches to witnesses taken from the particular professions which have been enumerated. Happily however such cases are but exceptional; and true scientific knowledge, under the government of high principles, is of the greatest value, as subsidiary to the ends of justice. — Man vergleiche damit, was Stephen a. a. O. p 217 sagt: It is sometimes said that the spectable of the contradiction (unmittelbar vorher heisst es, solche seien oft not bona fide, but are got up for the occasion) and rash oaths of professional witnesses is disgraceful and that in order to avoid it they ought to be replaced by official experts. The premiss is true, but the conclusion is false. Was noch folgt, beruht ebenso auf einseitiger Beurtheilung der Fragen (Verwechslung officieller Experten mit vom Gericht von Fall zu Fall bestellten), wie die vorausgehende Darstellung der französischen Einrichtungen (p 215). Vgl. auch die Aeusserung Marquardsens in den Prot der RtC S 80: In Ländern, in denen die Berechtigung der Parteien zur Vorführung von Sachverständigen eine unbegrenzte sei, bilde dies eine partie honteuse des Strafverfahrens. Aehnlich mit specieller Erwähnung eines englischen Falles Gneist ebenda S 81 und 83. Diese Verhältnisse lässt Vladimirow, Revue de droit international IV 122 ausser Betracht, wenn er sich über das Misstrauen wundert, dem in England die Experten begegnen.

anderswo in weiterem Umfange den Sachverständigen überwiesenen Materie, Beweis der Echtheit von Schriftstücken, neben der Schriftenvergleichung unter Mitwirkung von Sachkundigen auch die Meinung eines jeden als Beweis zulässt, welcher mit der Handschrift des angeblichen Schreibers oder Unterzeichners des Schriftstückes bekannt ist[295].

III. Betrachtet man den Sachverständigenbeweis in der Gestaltung, die er im Strafprozess annimmt, erwägt man die verschiedenen den Sachverständigen dort gestellten Aufgaben (vgl. Handbuch § 56), so zeigt sich, dass jener ein vollständig eigenartiges, wenn auch allerdings bald mit dem Beweis durch Augenschein, bald mit dem Zeugenbeweis nahe verwandtes Beweismittel bildet, und vermöge der mannichfaltigsten Formen seiner Anwendung sehr häufig ein Beweis nur durch Zusammenwirken beider Arten der Beweisführung (Augenschein unter Mitwirkung von Sachverständigen, Gutachten auf Grund von Zeugenaussagen statt auf Grund eines Sachverständigen-Befundes) hergestellt werden kann.

Zu seinen Eigenarten gehört es auch, dass es hier in höherem Grade als bei anderen Beweismitteln, namentlich als beim Zeugenbeweis, von der Beurtheilung des besonderen Falles abhängt, ob es dieses Beweises überhaupt bedarf.

So wie beim Augenschein müssen auch hier die zwei Fragen, ob der Beweis ganz bei Seite gelassen werden soll — und ob es möglich ist, ihn anderweitig zu ersetzen, wenn seine Aufnahme einmal unterlassen wurde und nicht mehr nachgeholt werden kann, auseinandergehalten werden. Die letztere wird auch hier im Sinne der freien Beweiswürdigung bejahend beantwortet werden müssen, in dem Sinne, dass es Sache der Beweiswürdigung ist, zu erwägen, ob, ungeachtet des fehlenden Sachverständigenbeweises über einen bestimmten Thatumstand, auf andere Weise Gewissheit über denselben erlangt werden kann. (So kann der Beweis einer erfolgten Vergiftung sehr wohl durch Umstände erbracht werden, zu deren Feststellung es der Mitwirkung durch Sachverständige überhaupt nicht bedarf: durch das Zusammentreffen z. B. von Umständen, welche über den Besitz von Gift, über die Thatsache der Beibringung in einer bestimmten Speise, über das nur unter der Voraussetzung einer beabsichtigten und vollbrachten Vergiftung erklärliche Benehmen des Angeklagten keinen Zweifel lassen.)

---

[295] Glaser, Engl. schott. Strafverfahren § 319. Stephen, Digest Art. 51. 52. Best § 234. Taylor § 1661. Greenleaf I § 577. Roscoe p 164. 165.

Von principieller Bedeutung ist dagegen die andere Frage, ob die Benutzung des Sachverständigenbeweises, obgleich an sich möglich, unterlassen werden darf, oder vielmehr, von welchen Erwägungen es abhängt, ob derselbe als ein geeignetes und als das geeignetste Mittel erscheint, eine sachgemässe Entscheidung herbeizuführen. Bei der in den Motiven zu §§ 73—85 deutsche StPO (S 59) betonten formellen Freiheit des Richters[296] kann man sich um so weniger beruhigen, als es gewöhnlich der Untersuchungsrichter sein wird, der die Frage unwiderruflich entscheidet, und er bei dieser seiner Entscheidung das Bedürfniss haben muss, sich nach Grundsätzen zu richten, die auch der erkennende Richter gelten lässt, und weil es wenigstens wünschenswerth ist, dass solchen Grundsätzen auch die Revisionsinstanz Geltung verschaffe.

Für die grosse Mehrzahl der Fälle liegt die Sache allerdings so klar und hat sich ein so festes Herkommen gebildet, dass ein Zweifel nicht auftauchen kann, und kaum zu besorgen ist, dass die Beiziehung der Sachverständigen unterbleiben werde, wo es in der That auf specifische Fachkenntnisse ankommt. Es wird also am besten sein, die am häufigsten sich darbietenden Fragen einzeln zu erörtern:

1. Individuelle Kenntnisse und Ueberzeugungen des untersuchenden oder urtheilenden Richters, auf deren Vorhandensein bei den übrigen zur Entscheidung mitwirkenden nicht mit Bestimmtheit gerechnet werden kann, entbinden nicht von der Nothwendigkeit des Sachverständigenbeweises. Die Anwendung des an sich unbestreitbaren Grundsatzes kann aber oft erhebliche Schwierigkeiten bereiten, weil eben die angeführten thatsächlichen Voraussetzungen bald mehr, bald weniger zweifelhaft sein können; dies gilt z. B. bei Berechnungen, bei

---

[296] Löwe Bem 2a—c zu § 73; Geyer in HH I 239. 240. Puchelt Bem 5 zu § 73. Schwarze bei § 72. Die von den beiden ersten beanstandete Berufung der Motive auf die freie Beweiswürdigung ist zwar einseitig und, wie Puchelt sagt, „auf die Spitze getrieben", aber ganz unberechtigt ist sie nicht; denn soweit die Frage nur dem (allein) erkennenden Richter vorliegt, ist es ja richtig, dass er vermöge dieses Princips an sich überhaupt immer in der Lage wäre, zu erklären, dass die schon vorliegenden Beweise ausreichen, ihn zu überzeugen. Allein das Princip muss eben durch die doppelte Forderung eingeschränkt werden, dass der Richter die Beweise und Ausführungen der Parteien auf sich einwirken lassen muss und dass überhaupt die freie Beweiswürdigung erst auf Grund einer ordnungsmässigen und den Grundregeln des Beweisrechts entsprechenden Beweisführung eintreten kann. Gerade in Bezug auf den Sachverständigenbeweis hat daher, wie Geyer a. a. O. S 240 nachweist, auch das Gesetz dem Richter keineswegs einfach freie Hand gelassen; vgl. z. B. §§ 87. 91. 92 StPO und die Ausführungen oben S 23 ff.

der Beurtheilung von Geld- und Verkehrsverhältnissen, bei der Anwendung von geographischen, statistischen, geschichtlichen, grammatischen und physikalischen Kenntnissen. Wir stehen hier wieder vor der Frage, die bezüglich der Notorietät (siehe oben S 36—38) auftauchte: Es wird wesentlich darauf ankommen, ob ein ernstlicher Zweifel vernünftigerweise bei einem der Urtheiler auftauchen kann, und eben darum auch auf die Wichtigkeit des etwa zweifelhaften Punktes für die Entscheidung der Sache, weil naturgemäss das Bedürfniss nach voller Beruhigung mit der Wichtigkeit einer Frage steigt. Der Zweifel wird in der Regel, wenn ernster Grund für denselben vorhanden ist, in auftauchenden Meinungsverschiedenheiten — allerdings nicht blos in widersprechenden Parteibehauptungen — einen objectiven Ausdruck finden. Ein praktisch sehr ins Gewicht fallendes Beispiel bietet die Schriftenvergleichung; sie kann sehr leicht ein jedem sofort in die Augen springendes Resultat liefern, und dann kann auf sie allein mit Beruhigung ein Urtheil gegründet werden; ist die Sache aber zweifelhaft, dann darf allerdings die Beiziehung von Sachverständigen nicht unterlassen werden, wenn solche überhaupt zu haben sind. Aehnlich steht es mit Schätzungen, bezüglich welcher es oft reiner Formalismus ist, dieselben vom Ausspruch angeblicher Sachverständigen abhängig zu machen.

2. Die Zweifelhaftigkeit einer Sache ist andererseits an sich noch kein Grund für die Annahme, dass es eine Classe von Personen giebt, welche geeignet sind, die betreffende Frage als Sachverständige zu lösen. Beispiele bieten auch in dieser Hinsicht Schätzungen und Beurtheilungen von Schriften. Nicht jedes psychologische Räthsel kann gerade ein Irrenarzt leichter als ein anderer lösen; nicht jede Frage der Auslegung wird am sichersten von einem Grammatiker beantwortet u. s. w. Gewiss ist, dass die Frage, ob und bei welcher Classe von Sachverständigen eine verlässliche Auskunft zu haben sei, oft allzu leichtfertig beantwortet wird; oft sollte z. B. ein Turnlehrer statt des Arztes, ein Schriftgiesser statt des Buchdruckers, ein Augenarzt statt des Optikers, ein Chemiker oder Physiker statt des Arztes u. s. w. gefragt werden. Sehr häufig wird aber auch das Schwanken zwischen verschiedenen Arten von Sachverständigen den besten Wink dafür geben, dass es unzweifelhaft und ausschliesslich berufene Sachverständige für die zu lösende Frage nicht giebt, und dass es daher rathsamer ist, sich durch Zeugen Einblick in die thatsächlichen Verhältnisse zu verschaffen, bei deren Beurtheilung aber sich von niemand beeinflussen zu lassen.

3. Mitunter steht die Sache so, dass es denkbar ist, sich in verlässlicher Weise die den Urtheilern fehlende Kenntniss aus derselben Quelle zu verschaffen, aus welcher der etwa berufene Sachverständige auch schöpfen müsste. Man muss in solchen Fällen zwei Fragen wohl auseinanderhalten. Ganz unzulässig ist es, dass der Richter solche Erkenntnissquellen sich in der Stille des Berathungszimmers erschliesst; denn je ungewöhnlicher das zur Förderung der Richtigkeit einer Entscheidung angewendete Mittel, desto nothwendiger ist es, dass es contradictorischer Erörterung unterzogen werde, welche allein darüber beruhigen kann, ob die Erkenntnissquelle eine verlässliche ist. Unter dieser Voraussetzung ist aber das Betreten dieses Weges gewiss nicht unbedingt ausgeschlossen. In der Regel wird es sich ja um die Benutzung von Büchern handeln. Verglichen mit dem Sachverständigen hat aber das Buch gewiss einen vielfach geringeren Werth: Es fehlt der Eid, die Gewähr des Werthes des Buches und seiner allseitigen und sachgemässen Benutzung; es fehlt endlich die Mitwirkung der zur Stellung von Fragen berechtigten bei der Anwendung des allgemeingiltigen auf den besonderen Fall. Theilweise lassen sich diese Mängel indess im gegebenen Fall beheben, und es kann Beruhigung darüber erlangt werden, dass eine schädliche Einwirkung nicht stattfinde; theilweise liegt aber eine Ausgleichung in der vollen Unbefangenheit der Auskunft, welche ein Buch ertheilt, auf dessen Inhalt die an die schwebende Streitfrage geknüpften Interessen gar keinen Einfluss üben konnten, und mitunter auch in der ausser allem Zweifel stehenden Ueberlegenheit des Verfassers des Buches gegenüber jedem etwa im gegebenen Falle zu erlangenden Sachverständigen[297]. — Ganz nahe liegt dem Gericht die Benützung dieses Mittels, wenn es sich um den Beweis fremder Rechtsnormen handelt[298].

---

[297] Waser erörtert z. B. in der Allgemeinen österreichischen GZ 1853 Nr 52 die Frage, ob bei in Bezug auf Religionsdelicte auftauchenden Fragen (z. B. die im österreichischen Gesetz vorkommenden Ausdrücke: „Gegenstände der Verehrung", „Unglauben", bei der Abgrenzung religiöser Secten u. s. w.) Geistliche als Sachverständige beizuziehen seien, und widerräth dies. Aehnliche Fragen können bezüglich mehrerer in den §§ 166 und 167 d. StGB vorkommender Ausdrücke auftauchen.

[298] In England darf fremdes Recht nicht durch Bücher allein, selbst nicht durch Gesetzbücher, bewiesen werden, weil man die Mitwirkung von in der Anwendung geübten Personen für unentbehrlich erachtet; andererseits steht es den als Sachverständige über fremdes Recht vernommenen frei, bei ihrer Aussage Bücher zu gebrauchen, und auf Grund der Versicherung des Sachverständigen über ihre Verlässlichkeit dürfen dann auch Stellen daraus vorgelesen werden. —

4. Nach ähnlichen Gesichtspunkten richtet sich die Benutzung eines in einer anderen Strafsache[299] abgegebenen Gutachtens (im engeren Sinne), während die Berücksichtigung des Befundes aus einer anderen Strafsache unter den gleichen Gesichtspunkt fällt, wie die des Augenscheins und des Zeugnisses. Während bezüglich des Gutachtens die Discussion in der Hauptverhandlung ausgleichend wirken kann, ist bezüglich des Befundes auch noch zu beachten, dass er nicht unter Mitwirkung dieser Parteien zu stande kam. Nach deutschem Strafprozessrecht werden sich in der Regel die bezüglich der Mündlichkeit geltenden Grundsätze der directen Benutzung früherer Befunde und Gutachten entgegenstellen; doch wird wohl nicht unterlassen werden können, es zu berücksichtigen, wenn etwa einem Sachverständigen vorgehalten wird, dass er über dieselbe abstracte Frage bei einer früheren Gelegenheit eine andere Auskunft ertheilt habe.

5. Vor allem aber ist es wichtig, dass das Gericht bei der Beiziehung von Sachverständigen und Feststellung der an sie zu richtenden Fragen seine eigene Aufgabe, die Anwendbarkeit der gesetzlichen Merkmale auf die concreten Thatsachen zu prüfen, nicht den Sachverständigen übertrage, wie dies namentlich in Bezug auf Körperverletzung und geschlechtlichen Missbrauch sehr leicht geschehen kann und nur allzu oft geschieht.

IV. Was den Beweiswerth der Aussage der Sachverständigen[300] betrifft, so ist davon auszugehen: Sie ist ein Beweismittel, das wie jedes andere seine Eigenart zeigt, aber wie jedes andere nur ein Mittel ist, dem Urtheiler die Ueberzeugung von der Wahrheit

---

Nach denselben Grundsätzen richtet sich überhaupt der Gebrauch wissenschaftlicher Werke. Es ist den Parteivertretern nicht gestattet, daraus vorzulesen; wohl aber kann nicht blos der Sachverständige sein Gutachten auf von ihm für verlässlich bezeichnete Bücher stützen, sondern er kann auch zur Erprobung seines Gutachtens um sein Urtheil über ein bestimmtes Buch und das Verhältniss seiner Ansicht zu dem dort vorgetragenen befragt werden. Mittermaier, Das englische . . Strafverfahren S 335 Anm 45. Greenleaf I § 440a. Taylor §§ 1279. 1280.

[299] Vgl. oben Anm 286 hinsichtlich des französischen Rechtes. — Andererseits wird dort die Frage öfter aufgeworfen und setzt die Praxis in Verlegenheit, inwieweit gegen Protokolle öffentlicher Beamten, welche vermöge gesetzlicher Specialbestimmungen volle Beweiskraft haben, ein Gegenbeweis durch Expertise zulässig sei. Vgl. z. B. die bei Hélie, Pratique Nr 312 u. 316 angeführten Entscheidungen.

[300] Henke, Handbuch IV 444 ff. Mittermaier, Beweis S 186 ff. Derselbe, Strafverfahren II 324 ff. Kitka, Thatbestand S 233 ff. Zachariä, Handbuch II 324 ff. Geyer in HH I 235 ff. Globig, Theorie II 203 ff. Gross II 37. Ellero, Critica cap. 33 p 198 ss.

einer thatsächlichen Behauptung beizubringen, und diese Ueberzeugung kann vernünftigerweise nur darauf beruhen, dass der Urtheiler darüber Gewissheit erlangt hat, dass die Gründe, welche im allgemeinen dazu bestimmen, dem Ausspruch Sachverständiger Glauben zu schenken, im vorliegenden Falle wirklich vorhanden sind.

Diese Gründe sind, soweit es sich um die Angaben über wahrgenommene Thatsachen handelt, dieselben, welche dem Ergebniss des richterlichen Augenscheins Glauben verschaffen. Wie anderwärts (Handbuch § 56 III) gezeigt wurde, ist die Mission des Sachverständigen hier derjenigen des Richters ganz analog. Die Auswahl der Sachverständigen, der negative und theilweise auch positive Einfluss der Parteien auf dieselbe sollen die Gewähr dafür bieten, dass diese Mission Personen übertragen wird, welche mit voller Unbefangenheit und Unparteilichkeit dieselbe ausführen. Ebenso bieten die für die Auswahl maassgebenden Normen Gewähr für die Befähigung zur richtigen Beobachtung und Beschreibung der wahrgenommenen Thatsachen. Die Beweiskraft beruht also in erster Linie auf der Annahme des redlichen Willens und der Befähigung der Sachverständigen, die Wahrheit zu finden und anzugeben. — Alles, was geeignet ist, den Abgang einer dieser Voraussetzungen vermuthen zu lassen, muss auch die Geneigtheit, der Angabe Glauben zu schenken, vermindern und in dem Maasse, als es an Gewicht zunimmt, dieselbe aller Glaubwürdigkeit entkleiden. Ueber die hiefür maassgebenden Verhältnisse wird es genügen, folgendes zu bemerken:

1. Die Aussage des Sachverständigen hat vor der des Zeugen gleich dem richterlichen Augenschein das voraus, dass man nicht an Personen gebunden ist, welche der Zufall darbietet, und nicht auf Aussagen über nur zufällig gemachte, augenblicklich vielleicht gar nicht beachtete, hinterher erst aus dem Gedächtniss hervorzusuchende Wahrnehmungen angewiesen ist. Auf der anderen Seite steht, dass die Auswahl der Sachverständigen sehr häufig durch die Verhältnisse so beengt wird, dass von einer Wahl kaum mehr gesprochen werden kann, — dass ferner der den Parteien gewährte Einfluss auf dieselbe geeignet ist, den Glauben an die volle Unbefangenheit mancher Sachverständigen zu beeinträchtigen, und dass es in der That unvermeidlich ist, da, wo der Sachverständige lediglich von einer Partei in ihrem Interesse geladen ist, sich den Einfluss gegenwärtig zu halten, den dieses Verhältniss — auch bei redlichstem Streben nach Unbefangenheit — zu üben nicht verfehlen kann. Der gewissenhafteste Mann wird wenigstens durch die Besorgniss beeinflusst werden, dass seine Aussage, soweit sie demjenigen ungünstig ist, in dessen Interesse er

geladen wurde, schwerer ins Gewicht fallen könnte, als wenn dieses Verhältniss nicht bestände, und er wird sich in Folge dessen eine gewisse Zurückhaltung auferlegen. Auf der anderen Seite wird allerdings das Bekanntsein des Verhältnisses den Beurtheiler vorsichtig machen und ihn bestimmen, grösseres Gewicht auf die objectiven Merkmale der Wahrheit und Richtigkeit der Aussage zu legen.

2. Ferner ist der Zeuge, welcher falsch aussagt, in höherem Grade der Gefahr der Entdeckung ausgesetzt, als der Sachverständige in gleichem Falle. Namentlich wenn etwa ein Einverständniss zwischen zwei die Untersuchung vornehmenden Sachverständigen stattfindet, oder einer derselben unter dem Einfluss des anderen steht, wird in sehr vielen Fällen fast Gewissheit vorhanden sein, dass die etwaigen Falschheiten der Angaben später gar nicht oder bestenfalls unter grossen Schwierigkeiten und Zurücklassung erheblicher Zweifel bewiesen werden können. Und wenn dies selten zu besorgen sein wird, so trifft ähnliches theilweise auch bezüglich der durch Fahrlässigkeit und Unaufmerksamkeit in die Aussagen sich einschleichenden Unrichtigkeiten zu. Nur wird in letzterem Falle oft die fehlerhafte Methode des Vorgehens sich in dem Befunde ausdrücken und die Nachweisung des Irrthums oder doch wenigstens die Annahme einer kritischen Haltung gegenüber den Angaben veranlassen.

3. In Bezug auf strafrechtliche Verantwortlichkeit[301]

---

[301] Siehe namentlich F. v. Liszt, Die falsche Aussage S 68. Wenn dort aus der Schwierigkeit, Gutachten und Befund auseinanderzuhalten, gefolgert wird, dass unbedenklich die ganze Aussage des Sachverständigen dem Zeugniss in strafrechtlicher Hinsicht gleichgestellt werden könne, so ist das de lege ferenda richtig, weil ähnliche Schwierigkeiten, wie sie bei der strafrechtlichen Behandlung der Meinung entstehen, auch beim Zeugniss, wenn auch viel seltener, entstehen können. Es ist nämlich richtig, dass auch das Gutachten thatsächliche Angaben enthalten kann, dass auch der Befund oft in der Form des Urtheils erscheint, und endlich, dass auch die Zeugenaussage manchmal in einer ähnlichen Form abgelegt wird. Der Unterschied besteht aber darin, dass beim Zeugniss die Auflösung des Urtheils, dessen Zurückführung auf thatsächliche Angaben, immer versucht werden soll, dass dies in der Regel gelingen wird und dass, wenn dies nicht der Fall ist, keineswegs der gleiche beruhigende Eindruck zurückbleibt wie bei rein thatsächlichen Angaben des Zeugen. Beim Ausspruch des Sachverständigen wird die Auflösung aber weit seltener möglich sein, sehr selten versucht werden und, wenn sie sich nicht als ausführbar erweist, bei weitem nicht in gleichem Maasse die Neigung des Richters vermindern, die Aussage rückhaltlos sich anzueignen. Darin kann sich allerdings der Richter nicht so leicht über die Differenz zwischen Aussagen von Zeugen und von Sachverständigen hinaussetzen, wie der Gesetzgeber; der Fall, dass der Zeuge gestraft wird, wenn er aussagt, was er für unwahr hielt, was aber objectiv wahr gewesen, kann nicht eintreten, während im gleichen Falle das vorsätzlich

stellt das deutsche StGB in den §§ 154 und 163 Zeugen und Sachverständige, oder vielmehr „falsches Zeugniss“ und „falsches Gut-

---

falsch abgegebene Gutachten (auch von Liszt, im Einklang mit Schwarze) mit Recht für strafbar angesehen wird. — Darüber kann sich allerdings der Gesetzgeber leichter hinaussetzen, als der Richter, der ein Gesetz anwenden soll, welches des der Hauptsache nach der Darlegung einer Meinung gewidmeten Gutachtens im eng. Sinne gar nicht Erwähnung thut. Aber auch wenn das geschieht, ist, eben aus dem von Liszt vorangestellten Grunde, nicht ohne weiteres ausgemacht, ob die strafrechtliche Verantwortlichkeit auch die Darlegung der als solcher ausgesprochenen Meinung mittreffe. Man sehe z. B. nur die Motive zu Art. 221 des sächs. StG von 1855. Dort heisst es: „Der Aussprüche der Sachverständigen, die zwar Urtheile, aber auf Thatsachen gegründete Urtheile enthalten und bei denen daher eine absichtliche Hinterziehung der Wahrheit ebenfalls vorkommen kann, war besonders zu gedenken“. (Uebrigens straft dieses Gesetz auch die objectiv wahre, aber subjectiv unwahre Zeugenaussage.) Ebenso sagt Temme, Lehrbuch des preuss. Strafrechts S 751: „Der Ablegung eines eigentlichen Zeugnisses steht die Abgabe eines Gutachtens gleich, und zwar nicht blos durch die positive Vorschrift des Gesetzes, sondern aus inneren Gründen. Es ist falsch, wenn man meint, der Sachverständige, Gutachter, stelle eben nur Ansichten auf, die er eidlich bekräftige. Er giebt vielmehr einerseits dem Richter positive Thatsachen an, aus denen er andererseits, in der logischen Richtigkeit dem Richter erkennbar, sein Gutachten als logische Folgerung herleitet. Auch bei dieser letzteren Operation kann er wissentlich nur insofern falsch verfahren, als er positive Thatsachen wissentlich falsch auf- oder zusammenstellt oder verschweigt. Es handelt sich also immer um Verfälschung von Thatsachen, ganz wie bei dem eigentlichen Zeugen. Der Gutachter ist nur Zeuge, sowohl betreffs der thatsächlichen Momente, die er für Begründung seines Gutachtens anführt, als der (thatsächlichen) Weise, wie er sie zur Formirung seines Gutachtens gebraucht“. Man sieht, diese Begründung der gesetzlichen Bestimmung reicht nicht so weit, wie letztere selbst; sie bleibt allerdings auch zurück hinter der von Temme selbst in seiner Kritik des Entwurfes des Strafgesetzbuches. Berlin 1843. II 170. 171 referirten und gebilligten Begründung des Beschlusses des preussischen Staatsrathes, aus welchem in letzter Linie § 127 des preuss. StG v. 1851 und die Gleichstellung von Zeugniss und Gutachten in den §§ 154 u. 155 des RStGB hervorging. Bei der Feststellung des preussischen Entwurfes v. 1843 gingen nämlich darüber die Meinungen aus einander. Von der einen Seite wurde bemerkt, „dass der Eid der Sachverständigen, soweit er zur Bekräftigung ihrer gutachtlichen Ansicht abgeleistet werde, vom eigentlichen assertorischen Eide, der es unmittelbar mit Thatsachen zu thun habe, wesentlich abweiche, und ein fälschlich abgegebenes Gutachten mehr den Charakter eines Verbrechens wider öffentliche Treue und Glauben, als den eines eigentlichen Meineides habe. Als dieses letzteren Verbrechens schuldig könne der Gutachter nur dann angesehen werden, wenn derselbe , wie häufig vorkomme, zugleich Thatsachen zu bezeugen habe und hierüber wissentlich eine falsche Aussage abgebe. Die Beurkundung von Thatsachen sei indess nicht die Hauptaufgabe für den Sachverständigen, es erscheine daher am angemessensten, das fragliche Verbrechen als ein Verbrechen wider öffentliche Treue und Glauben zu behandeln; wobei des Falles, wenn der Sachverständige zugleich wissentlich falsche Thatsachen angegeben habe, besonders zu erwähnen und für diesen Fall auf die Strafen des Meineides hinzudeuten sein dürfte“ . . . . . .

achten" einander gleich. Der Ausdruck „Gutachten" kann auch hier nur im weiteren Sinne gemeint sein und umfasst also den Befund

Hierauf wurde erwidert, „dass der Sachverständigeneid nicht zur Verstärkung der Verbindlichkeit wegen Erforschung des Sachverhältnisses, sondern über die Wahrheit der in dem Gutachten ausgesprochenen Ueberzeugung geleistet werde. Der falsche Eid des Sachverständigen liege nicht in einem schuldbaren Mangel der Erforschung, sondern in der absichtlichen Abgabe eines falschen Gutachtens im Bewusstsein einer anderen Erkenntniss. Ein solcher falscher Eid stehe dem falschen Zeugeneide ganz gleich, und es erscheine demnach angemessen, in Ansehung beider dieselbe Strafe eintreten zu lassen". — Die Majorität der Commission trat der ersten Ansicht bei. Allein von dem Plenum des Staatsraths wurde die Frage im entgegengesetzten Sinne entschieden, und zwar, wie Goltdammer, Mat. II 247 berichtet, „weil es gleichgiltig sei, ob die wissentlich falsche Aussage eine Thatsache oder eine gutachtliche Ansicht sei, sobald in beiden Fällen, wie hier, eine gesetzliche Verbindlichkeit zur Angabe der Wahrheit vorhanden sei". Diese Entstehungsgeschichte des Textes und die völlige Gleichstellung von Gutachten und Zeugniss machen es allerdings für das deutsche Recht zweifellos, dass derjenige schon strafbar ist, welcher als eine Ansicht etwas ausspricht, was nicht seine Ansicht ist, gleichviel, ob diese objectiv richtig ist oder nicht. (Schwarze Bem 2 zu § 154 des StGB; desselben daselbst, unter irriger Angabe der Seitenzahl, angeführte Abhandlung in den N. Jahrb. f. sächs. Strafr. 1844 II S 373 ff. betrifft den ganz analogen Fall des falschen Würderungseides). — Wie leicht man aber hier Unterscheidungen übersehen kann, welche bei der Abfassung des Gesetzes beabsichtigt waren, kann man am belgischen StG sehen, dessen Art. 221 einfach l'expert coupable de fausses déclarations erwähnt. Dies begründet der Motivenbericht von F. Haus ausdrücklich mit der Berufung auf das preuss. StG von 1851; und doch bezieht sich die ganze Ausführung und der daraus hervorgegangene Text gar nicht auf die Darlegung der Ansicht des Sachverständigen, sondern nur auf die thatsächlichen Angaben desselben (l'expert qui ne se borne pas à énoncer un avis, à apprécier les faits de la cause, mais qui affirme l'existence ou la nonexistence de ces faits mêmes . . . cet expert porte témoignage). Weiter geht allerdings die Motivirung in dem der Repräsentantenkammer erstatteten Bericht, aber, wie es scheint, ohne dass man sich einer Differenz bewusst war. Nypels, Législation criminelle de la Belgique II 197. 224. — Gehen wir auf das franz. Recht zurück, so darf man sich bei der fortwährenden Vermischung der in der Hauptverhandlung aussagenden Sachverständigen mit Zeugen und bei dem Umstand, dass nur das in der Hauptverhandlung abgelegte falsche Zeugniss für strafbar erachtet wird, nicht wundern, dass die Strafbarkeit der falschen Aussage des Experten kaum gestreift wird. Nur Carnot (Nr 23 bei Art. 361 C. pén.) bemerkt vom Dolmetsch, dass er nicht als falscher Zeuge, sondern als seine Stelle missbrauchender Functionär (Art. 166 u. 167) zu strafen ist. Im übrigen sagt er Nr 21 das., dass die ärztlichen Personen und sonstigen Fachmänner, qui ont dressé des procès-verbaux dans l'affaire, als Zeugen zur Hauptverhandlung geladen werden können; et si, pour raison des procès-verbaux . . ils ne peuvent être constitués en faux témoignage, dès qu'ils sont appelés aux débats en qualité de témoins, ils doivent déposer la vérité etc. — Wenn nun diese Aeusserung Carnots von Rolland so resumirt wird: Als falsche Zeugen können die zur Hauptverhandlung als Zeugen geladenen Experten gestraft werden, s'ils déposent contre la vérité (Art. 361 Nr 3): so ist

ebenfalls, ja er gilt hier diesem in erster Reihe; zweifelhaft ist vielmehr immer nur gewesen, ob das Gutachten im engeren Sinne strafrechtlich dem Zeugniss gleichgestellt werden könne. Wenn nun aber auch an der Bedeutung der vorliegenden Bestimmung des Gesetzes nicht gezweifelt wird, so entgeht der meineidige Sachverständige thatsächlich der Bestrafung viel leichter, als der meineidige Zeuge; denn selbst der Befund beruht, wie gezeigt, in viel höherem Grade als das Zeugniss auf subjectiven Auffassungen, auf Beurtheilungen, bezüglich welcher die Meinungen leichter, auseinandergehen können, der Nachweis bewusster Unwahrheit also sehr schwer zu führen ist. In viel höherem Grade gilt dies vom Gutachten, bei welchem überdies gerade derjenige, welcher hinterlistig vorgeht, sehr leicht die gewünschte Wirkung erzielen kann, ohne sich auf eine bestimmte Behauptung einzulassen [302]. (Beamte, zu deren Amtsverrichtungen die

---

damit die Frage noch keineswegs entschieden, ob die Sachverständigen auch dafür gestraft werden können, dass sie wissentlich eine falsche Meinung aussprechen; gerade im französischen Recht ist in den verschiedensten Beziehungen Gewicht darauf gelegt, dass der Gegenstand des Delictes die Wahrheit der thatsächlichen Angaben sei (la vérité considérée rélativement à la connaissance que le témoin a des faits de la cause, dans laquelle il est appelé à déposer; Rauter, Traité du droit crim. éd. Bruxelles 1837 Nr 490). — Im älteren englischen Recht ging man davon aus, dass überhaupt eine Bestrafung nicht stattfinden könne, wenn jemand nur über seinen Glauben, seine Meinung, seine Erinnerung bezüglich einer Thatsache ausgesagt habe. Erst seit Lord Mansfield werden solche Aussagen bestraft, wenn dem Aussagenden das Gegentheil bekannt war. Inwiefern aber Aussagen über blosse Ansichten (matter of opinion) strafbar seien, ist in England nie zur Sprache gekommen. Archbold p 710. Roscoe p 755. In Stephen, Digest of the criminal law Art. 135 ist als das geltende Recht hingestellt: The word fact includes the fact, that the witness holds any opinion or belief. Ebenso heisst es in sect. 119 des Entw von 1879: Perjury is an assertion as to a matter of fact, opinion, belief or knowledge. In gleichem Sinne für Amerika Wharton p 651. 652. Für Schottland giebt Alison I 468 folgende schwankende Aeusserung ab: Though a medical or scientific opinion cannot in general be challenged as perjury, because the uncertainty and division of opinion in the medical profession is proverbial; yet if it assert a fact or draw an inference evidently false . . . certainly the gross falsehood of such an assertion shall in neither case be protected etc. Schon Alison ist übrigens geneigt, auch auf das Motiv (Bestechung) zu sehen, und noch entschiedener thut es Macdonald p 235. Beide sehen die Schwierigkeit nicht darin, dass es sich um eine Meinung handelt, sondern dass es oft nicht möglich ist, das Vorhandensein einer entgegengesetzten Meinung zu beweisen.

[302] Sehr richtig wird bei Borsani e Casorati l. c. § 703 bemerkt: „Wenn der Zeuge falsch aussagt, kann er leicht entlarvt und bestraft werden; der Sachverständige kann beinahe immer sich mit der fast nie ganz unbedingten Beschaffenheit seiner Beurtheilungen (l'indole quasi mai assoluta degli apprezzamenti e dei giudizi)

Erstattung von Gutachten vor Gericht gehört — nicht schon solche, deren amtliche Stellung nur die Gewissheit giebt, dass sie sachverständig seien —, können übrigens auch durch Abgabe falscher Befunde und Gutachten und darauf Bezug habende Vorgänge, Annahme von Geschenken u. s. w., sich eines Verbrechens oder Vergehens im Amte schuldig machen.)

4. Sich über das Maass der Befähigung des Sachverständigen auf Grund seiner persönlichen Verhältnisse eine Meinung zu bilden [303], ist für den Urtheiler ausserordentlich schwer. Ein gewisses Maass von Kenntnissen ist gewöhnlich durch die äussere Stellung verbürgt — eine Classification dagegen, welche auf äusserlich erkennbaren Merkmalen beruhte, ist oft gar nicht denkbar, oft auch selbst irreführend. Die Gefahr, dass aussergerichtliches Gerede und aussergerichtliche Wahrnehmungen auf den Urtheiler und dessen grösseres oder geringeres Vertrauen zu dem Sachverständigen Einfluss üben, ist ganz naheliegend. Dergleichen auf äusserlichem beruhenden Beurtheilungen des Sachverständigen sollten sich die Urtheiler möglichst verschliessen; dagegen um so sorgfältiger an diejenigen Mittel der Kritik sich halten, welche in dieser Hinsicht Form und Inhalt der Aussage und die Vergleichung der darin hervortretenden Persönlichkeiten in reichem Maasse darbieten.

V. Die auf den persönlichen Verhältnissen des Sachverständigen beruhenden Gründe des Glaubens an die Richtigkeit seiner Aussage kommen nahezu in gleichem Maasse in Betracht, wenn es sich um die Beurtheilung der Verlässlichkeit seines Gutachtens handelt. Auch in dieser Richtung bietet er dem Gerichte eine Angabe, die dieses auf Treu und Glauben annehmen muss: insoweit er nämlich allgemeine Sätze aufstellt, Gesetze seiner Kunst oder Wissenschaft vorträgt, ist das Gericht darauf angewiesen, in gleicher Weise ihm Glauben zu schenken (so lange nicht positive Gründe des Misstrauens vorhanden sind) wie einem Zeugen oder wie den Angaben des Befundes. Allerdings aber besteht dem Gutachten gegenüber eine viel grössere Freiheit der Bewegung und Leichtigkeit der Controle: der Befund

decken". Dabei muss nun aber beachtet werden, dass gerade das italienische Strafgesetz Art. 367 ausdrücklich die Sachverständigen nicht blos für die Bezeugung falscher Thatsachen, sondern auch für falsche Gutachten im engsten Sinne (ovvero dolosamente riportassero giudizi falsi) trifft. Ebenso sagt der Art. 277 des vortrefflichen toscanischen Strafgesetzes: hanno scientemente dato in giudizio informazioni o pareri mendaci.

[303] Geyer in HH I 258 Z. 2.

eines Sachverständigen kann nur selten durch den eines anderen ersetzt werden, das Gutachten dagegen fast immer.

VI. Das nächst entscheidende ist die Art, wie der Sachverständige das Material für seine Aussage erlangte. Für den Befund ist maassgebend, ob die Verhältnisse, unter welchen er aufgenommen wurde, jede Gefahr der Täuschung (namentlich bezüglich der Identität und des nicht durch Willkür veränderten Zustandes der Gegenstände) ausschlossen, — ob die Umstände eine genaue und gründliche Untersuchung gestatteten (z. B. ob nicht der Zustand der Leiche sich dem widersetzte), — ob die Methode der Untersuchung nicht Lücken oder Fehler zeigt, die auch dem Nichtfachmanne erkennbar sind oder durch andere Sachverständige nachgewiesen werden. Wichtig kann schon hier der Einfluss sein, den vorgefasste Meinungen, ein weitverbreitetes Gerücht, eine geschickt hervorgerufene Stimmung auf die Sachverständigen zu üben vermögen, ohne dass sie sich dessen bewusst werden.

In noch höherem Grade kann letzteres auf das Gutachten einwirken. Dieses ist überdies abhängig von der Verlässlichkeit des Befundes und der thatsächlichen Annahmen, welche der Sachverständige mit letzterem in Verbindung bringt oder auch allein seinem Gutachten zu Grunde legen muss. Diese thatsächlichen Annahmen müssen ausschliesslich auf Ergebnissen des Prozesses selbst beruhen, und selbstverständlich unterliegen diese letzteren der Prüfung des Gerichtes: erachtet das Gericht die thatsächlichen Annahmen, auf welche der Sachverständige sein Gutachten baut, für nicht erwiesen, so fehlt natürlich auch dem Gutachten die beweisende Kraft[304].

VII. Werden nunmehr die in der Beschaffenheit der Aussage[305] liegenden Gründe für den Glauben an deren Richtigkeit in Erwägung gezogen, so ist dabei noch weniger Anlass, zwischen Befund und Gutachten zu unterscheiden. In viel höherem Grade noch als beim Zeugniss tritt nämlich hier die Persönlichkeit des Aussagenden (seine Befähigung zu richtiger Wahrnehmung und Darlegung, die Sicherheit in der Handhabung der Gesetze und Regeln der Kunst oder Wissenschaft, die Klarheit und Methodik des Denkens und Beobachtens, die Vorsicht oder die Geneigtheit, rasch und leichthin sich einer Meinung hinzugeben) hervor. Dies alles gestattet, rückwirkend auf die Verlässlichkeit der angestellten Untersuchung zu schliessen

---

[304] Mittermaier, Beweis S 204. 223.

[305] Mittermaier, Beweis S 186 ff. 215 ff. Derselbe, Strafverfahren II 324 ff. Zachariä, Handbuch II 427 ff.

und namentlich sich bei jenen Aussprüchen gemischter Natur zu beruhigen, welche nicht blos eine Darstellung nackter Thatsachen, sondern zugleich die technische Beurtheilung derselben enthalten und weder eine Auflösung, noch eine dem Laien verständliche Zergliederung mehr gestatten, bei welchen sich also die subjective Auffassung des Sachverständigen in den Ausspruch einmischt, ohne dass ihre objective Grundlage blosgelegt und so jene controlirt werden kann. Gerade dies ist der Punkt, wo dem Sachverständigen am meisten Vertrauen geschenkt werden muss, und wo also alles von der Meinung abhängt, die man von seiner moralischen und technischen Verlässlichkeit hat.

Beim Gutachten verhält es sich damit umgekehrt. Wie es beim Befund individuelle Zustände giebt, die nur durch den Eindruck geschildert werden können, den sie dem Untersuchenden machen, und der nicht überprüft werden kann, so muss im Gutachten umgekehrt das allgemeinste auf das Wort des Sachverständigen hin als richtig angenommen werden: die concreten Thatsachen sind im Befund gegeben, ihr Verhältniss zu den auf sie anzuwendenden Natur- oder Kunstgesetzen kann durch Folgerung aus letzteren festgestellt, der hierauf bezügliche Theil des Gutachtens überprüft werden; nur die Darlegung des Gesetzes, der Theorie, von welcher bei der Beurtheilung des besonderen Falles auszugehen ist, entzieht sich der Prüfung des Richters. Es kann allerdings nicht verhindert werden, dass dem Richter Bedenken auch gegen die Richtigkeit einer solchen Theorie auftauchen[306]; ja man wird bei Materien, bezüglich welcher bekanntermaassen schroffe Gegensätze auf dem Gebiet der fraglichen Wissenschaft herrschen, selbst ohne dass der Sachverständige sich darüber ausspricht, wissen, welche Theorie er als die richtige ansieht, und es kann das Bedenken entstehen, ob er nicht von derselben beeinflusst, irregeleitet, ja selbst zu eigensinnigem Beharren auf einer Ansicht, welche gerade die Thatsachen des Falles zu widerlegen scheinen, verleitet wird? Allein der Urtheiler soll nicht sein zufälliges und fragmentarisches, etwa auf oberflächlicher Lectüre oder gesellschaftlichen Gesprächen beruhendes theoretisches Wissen über das des berufenen Sachverständigen setzen. Selbst bei der Berufung der Sachverständigen sollte dieses Verhältniss keinen anderen Einfluss üben, als dass der Richter die einseitige Vertretung einer controversen Theorie zu verhindern sucht, nicht aber dass er durch seine Wahl über die Theorie entscheidet, welche im vorliegenden Fall zur Anwendung kommen soll.

---

[306] Mittermaier, Beweis S 217. 222.

Sieht man ab von den in der Aussage des Sachverständigen sich darbietenden Anhaltspunkten zur Bildung einer Meinung über die Tüchtigkeit und Verlässlichkeit derselben, so wird dann an der Aussage selbst jene objective Kritik zu üben sein, die bei jeder Aussage eine so grosse Bedeutung hat: die Deutlichkeit und Bestimmtheit der Aussprüche, ihr innerer Zusammenhang, ihre gegenseitige Uebereinstimmung begründen ihre Glaubwürdigkeit; das Gegentheil dieser Eigenschaften, namentlich das Vorkommen von Angaben, die neben einander nicht bestehen können, muss sie untergraben. Nur zweierlei ist hier besonders hervorzuheben. Man hat sich hier noch mehr als beim Zeugniss vor der Verwechselung schwankender und unbestimmter[307] Aussagen zu hüten. Erstere verrathen die Unsicherheit im Geiste dessen, der ein sicherer Führer und Helfer sein sollte. Die letzteren können allerdings auch auf Mangelhaftigkeit der Beobachtung oder Erinnerung, auf Unsicherheit des Wissens beruhen und dem Streben entspringen, solche Mängel nicht zu verrathen; sie können aber auch das Ergebniss der Sachlage und der gewissenhaften Vorsicht des Sachverständigen sein. So unbequem dann ein solcher Ausspruch auch sein mag, so verdient er doch mehr Vertrauen und bildet eine verlässlichere Grundlage der Entscheidung, als eine kühne Behauptung, welche nur durch Unwissenheit oder leichtfertiges Niederkämpfen der eigenen Zweifel zu erklären ist. Angesichts der Bedenken, die der Sachverständige äussert, hat aber der Richter dafür zu sorgen, dass die obersten Principien des Beweisrechts auch hier zur Geltung kommen: dass es sich auch hier nicht um apodiktische Gewissheit handeln kann, wie sie der Sachverständige von seinem wissenschaftlichen Standpunkt aus vielleicht für nothwendig hält, und dass man sich auch hier mit jener höchsten Wahrscheinlichkeit begnügen muss, welche durch die nackte Möglichkeit eines entgegenstehenden Verhaltens, für dessen Verwirklichung im concreten Falle aber keine Andeutung gegeben ist, nicht beeinträchtigt wird.

Dies ist ein Grund mehr dafür, dass bei der Kritik des Gutachtens vor allem dessen Begründung ins Auge gefasst wird. Ein Ausspruch, der als Orakel sich hinstellt, eine Ueberzeugung, über deren Entstehung keine Rechenschaft gegeben werden kann (abgesehen von den oben schon erwähnten Fällen, wo dies in der Natur der Sache liegt), ist ein Urtheil, das der Sachverständige statt des Richters fällen möchte, diesen aber seiner Verantwortung nicht enthebt[308]. Sind

---

[307] Mittermaier, Beweis S 216. 217. Kitka, Thatbestand S 233 ff.
[308] Kitka a. a. O. S 235 ff. Mittermaier a. a. O. S 221.

Gründe angegeben, so kann sich zeigen, dass sie falsch, oder dass sie nicht schlüssig sind, oder dass sie Voraussetzungen machen, die erst noch zu beweisen sind, oder dass der Sachverständige die Grenzen der ihm gesteckten Aufgabe überschreitet, namentlich das Gebiet der Anwendung und Auslegung des Strafgesetzes betritt, juristische Begriffe handhabt und dabei vielleicht fehlgreift. Der Sachverständige kommt sehr oft zu einem bestimmten Resultat durch Folgerung aus Thatsachen, zu deren Beobachtung oder Beurtheilung es eines Fachmannes oder eines Fachmannes dieser Art nicht bedarf. Im letzteren Falle kann es nothwendig werden, den wirklich berufenen Fachmann zu consultiren (z. B. wenn der Chemiker physiologische, der Arzt physikalische oder chemische Erscheinungen heranzieht, die Hebamme specifisch-medicinische Momente berücksichtigt u. dgl.). Im ersten Falle ist natürlich der Umstand, dass der Sachverständige seiner Wissenschaft oder Kunst nicht bedurfte, um aus richtigen Thatsachen eine richtige Folgerung zu ziehen, kein Grund, letztere zurückzuweisen; allein der Urtheiler muss sich darüber klar sein, dass hier der Ausspruch des Sachverständigen kein Beweismittel ist, sondern dass er die Folgerung, die er sich aneignet, unmittelbar aus den gleichen und von ihm zu prüfenden Prämissen abzuleiten hat, wie jener.

VIII. Was die Zahl[309] der Sachverständigen betrifft, so verhält es sich damit wesentlich anders als mit Zeugen, da in vielen Fällen selbst schon bei der Untersuchung, jedenfalls aber bei der Abgabe des Gutachtens das Gericht und die Parteien freie Hand haben. Das Gericht wird sich bei der Entscheidung über die Zahl der beizuziehenden von den oben angedeuteten Gesichtspunkten leiten lassen; dass die Zweizahl eine dogmatische Zahl ist, darf es nicht meinen. Aber sobald der Fall nur einigermaassen wichtig und zweifelhaft ist, sobald der Wunsch der Parteien sich kundgiebt, muss die Erwägung leiten, dass vier Augen mehr sehen, als zwei, und dass dies bei Untersuchungen, die nicht wiederholt werden können, sehr ins Gewicht fällt.

Ist nun aber nur ein Sachverständiger zugezogen oder kann nur einer vernommen werden, so kann darin kein Grund liegen, der Aussage Glauben zu versagen, wenngleich die Kritik noch sorgsamer zu handhaben ist. Es ist schon früher mehrfach angedeutet worden, dass es selbst nothwendig werden kann, andere Sachverständige heranzuziehen, um mit ihrer Hilfe an der Befundabgabe der ersten Sachverständigen Kritik üben zu können; um so leichter wird diese Nothwendigkeit eintreten, wenn der Befund nur von einem Sachverständigen

---

[309] Mittermaier, Beweis S 218. 219; Strafverfahren II 328.

abgegeben wird. — Ueberhaupt kann, worauf noch zurückzukommen ist, das Bedenken, das die abgelegte Aussage einflösst, das Bedürfniss nach Vermehrung der Sachverständigen fühlbar machen.

Gleichviel aber, ob sie gleichzeitig oder successiv berufen wurden, selbstverständlich wird die Uebereinstimmung mehrerer Sachverständiger eine erhöhte Gewähr bieten, ihre Nichtübereinstimmung eine Quelle ernster Bedenken sein. Wie letztere zu beheben seien, wenn sie auf Mängel eines oder des anderen Gutachtens hinweisen, wird unten besprochen werden. Hier ist nur davor zu warnen, erhebliche Widersprüche anzunehmen, wo sie nicht vorhanden sind. Manchmal werden z. B. Vertreter verschiedener Fächer wegen der Verschiedenheit der zu begutachtenden Gegenstände beigezogen; es geschieht da leicht, dass jemand die Grenzen seiner Aufgabe überschreitet, und wenn er sich dabei mit den eigentlichen Fachmännern in Widerspruch setzt, so handelt es sich entweder um die gleichgiltige Meinung eines Unberufenen oder um den Anspruch eines anderen als des vom Gericht für maassgebend angesehenen Fachmannes auf Lösung einer bestimmten Frage; es muss dann dieser Anspruch ausgetragen, nicht aber ein Widerstreit gleichartiger Aussagen gehoben werden.

Handelt es sich aber um einander widersprechende Erklärungen der Vertreter des gleichen Faches über den gleichen Gegenstand, so kann die Entscheidung nie in der blossen Zahl gefunden werden. Allerdings wird das schriftliche Gutachten von Fachbehörden und Körperschaften gewöhnlich das Ergebniss einer Abstimmung sein, und es sollten jedenfalls Einrichtungen getroffen werden, welche dem Gericht auch die Kenntniss der Meinungen und Gründe derjenigen, welche in der Minderheit geblieben sind, verschaffen; allein wenn solche Gutachten als das Werk einer Körperschaft dem Gericht dargeboten sind, so ist es eben nicht das Gericht selbst, welches die Mehrheit als solche als ausschlaggebend ansehen darf, wenn der Meinungszwiespalt vor seinen Augen hervortritt. Hier, wenn je, ist es der Fall, dass die Stimmen nicht gezählt, sondern gewogen werden müssen. Alle jene früher dargelegten Rücksichten, welche bei der Kritik der Aussage der einzelnen leiten, müssen um so sorgfältiger hier angewendet werden, um zu einem überzeugenden Grunde zu gelangen, sich für die eine oder andere Ansicht zu entscheiden; in erster Linie gebührt die Entscheidung den sachlichen Gründen, welche für beide Ansichten vorgetragen werden; wo diese nicht den Ausschlag geben können, wird sich der Richter von dem grösseren oder geringeren Vertrauen leiten lassen, das ihm (vermöge der früher erörterten Verhältnisse) die Persönlichkeit der Sachverständigen einflösst.

Noch ist hier eines besonderen Falles zu gedenken, des Falles nämlich, wo die Sachverständigen in ihrem Ausspruch zusammentreffen, aber in den Gründen auseinandergehen. Dabei muss man sich klar machen, dass der Ausspruch an sich gar nichts entscheidet; der Richter hat zu prüfen, ob er aus richtigen Prämissen richtig abgeleitet ist. Gehen nun die Begründungen auseinander, so kann die eine in sich unhaltbar sein; das ficht die Haltbarkeit der anderen nicht nur nicht an, sondern letztere wird immerhin noch dadurch bestärkt, dass der Sachverständige, welcher die unrichtige Begründung vorbringt, wenigstens keinen Grund für die entgegengesetzte Ansicht gefunden hat, wenn er gleich den Grund, welcher für seinen Collegen entscheidend war, nicht erkannt oder nicht richtig gewürdigt hat. Allein wenn aus dem Widerspruch der Begründungen hervorgeht, dass jeder von beiden Sachverständigen andere Thatsachen wahrgenommen zu haben meint, oder dass die theoretischen Voraussetzungen, aus welchen der eine seine Beurtheilung des Sachverhaltes ableitet, von dem anderen für unrichtig angesehen werden, dann ist der von beiden getragene Beweissatz allerdings viel zweifelhafter, als wenn nur eine Aussage für ihn spräche. Der Fall steht dem eines inneren Widerspruches in derselben Aussage fast gleich, nur dass dieser die Verlässlichkeit des einen Sachverständigen, dem er widerfuhr, unbedingt untergräbt, während hier nur die Lösung auf dieselbe Weise gefunden werden muss, wie wenn die Sachverständigen auch bezüglich der Folgerungen nicht übereinstimmen.

Andererseits hat man sich (wie gerade die eben erwähnte Möglichkeit beweist) vor Ueberschätzung oder voreiliger Annahme der Uebereinstimmung zu hüten. Verschiedenheit der Lebensstellung und der äusseren Autorität, unbedingtes Vertrauen des einen Sachverständigen auf die höhere Einsicht des anderen können leicht bewirken, dass der eine Sachverständige die Meinung des anderen ungeprüft oder auf Grund ungenügender Prüfung annimmt. Das Gericht muss daher, namentlich in der mündlichen Hauptverhandlung, die Mittel anwenden, die geeignet sind, Gewissheit darüber zu verschaffen, dass die Uebereinstimmung nicht blos eine scheinbare ist.

IX. Auf Grund des vorstehend dargelegten wird die einst viel erörterte Frage, ob der Richter an den Ausspruch der Sachverständigen gebunden sei[310], leicht zu beantworten sein. Gewiss gestattet

[310] Mittermaier, Beweis S 221 ff.; Strafverfahren II 331 ff. Zachariä, Handbuch § 144 Anm 9. Abegg, Lehrbuch § 98. — In der älteren Literatur hat die Frage in Hitzigs Z sehr eingehende Erörterung gefunden, namentlich von

ihm die freie Beweiswürdigung, in beide Extreme zu verfallen, ohne dass es dagegen eine Hilfe giebt: er kann blindlings den Ausspruch der Sachverständigen als ein Orakel, das ihn der Mühe des Denkens überhebt, annehmen; er kann umgekehrt die Ansichten der Sachverständigen unbeachtet lassen und sich von seinen vermeintlich besseren Kenntnissen, von seiner Zuversicht in die Richtigkeit seiner eigenen Ansichten bestimmen lassen, ein von der Ansicht der Sachverständigen abweichendes Urtheil zu finden. Im ersten Fall begiebt er sich des Urtheils, im zweiten stützt er es auf eine ganz unverlässliche Grundlage, er nimmt eine Thatsache als wahr an, für die er keinen Beweis hat. Der richtige Standpunkt des Richters ist vielmehr der, dass er zunächst sich klar macht, ob es sich um eine Frage handelt, zu deren verlässlicher Beantwortung Specialkenntnisse erforderlich sind. Ist dies der Fall, so muss sie ihm zweifelhaft bleiben, soweit sich nicht auf den Ausspruch der Sachverständigen eine Entscheidung gründen lässt. Ob dies zulässig sei, ob er sich durch diesen überzeugen lassen könne, darauf muss ihm die Kritik der Aussage der Sachverständigen die Antwort ertheilen. Hält jene vor dieser Kritik Stand, so besteht kein dem Verstand fassbarer Grund, derselben den Glauben zu versagen. Zeigt die Kritik Mängel der Aussage, so muss erwogen werden, ob dagegen Abhilfe auf den sofort zu besprechenden Wegen zu finden ist. Ist dies nicht möglich, dann hat das Beweismittel versagt: der Punkt bleibt zweifelhaft und es sind hieraus im Urtheil die nach den Grundsätzen über die materielle Beweislast sich ergebenden Folgerungen zu ziehen.

X. Die Aussagen der Sachverständigen können an formellen oder an sachlichen Gebrechen leiden. Unter ersteren Gesichtspunkt sind zu bringen:

1. Beiziehung von Sachverständigen, die nicht hätten beigezogen werden sollen. Ist dies im Vorverfahren geschehen, so wird man sich zunächst vor der Wiederholung des Fehlers in dem weiteren Verfahren und insbesondere in der Hauptverhandlung zu hüten haben. Der mit Recht bereits abgelehnte Sachverständige sollte als solcher

---

Hitzig selbst B I S 367 ff.; Mittermaier II 255; Jarcke VII 408, XI 130 u. XII 120; J. P. Gans VIII 370; Wächter X 228; Heinroth VIII 95; vgl. die Zusammenstellung verschiedener Ansichten im Repertorium zu dieser Zeitschrift I 75 ff. II 32 ff. u. III 51—57. Visini, Beiträge I 127 ff. Ueber die Specialfrage, ob in Vergiftungsfällen der Richter den Thatbestand für ermittelt ansehen könne, wenn der Gerichtsarzt ihm zwar mit Bestimmtheit sagen kann, dass eine Tödtung durch Gift stattgefunden, jedoch ohne genaue Bestimmung des zur Vergiftung angewandten Stoffes? s. Hitzigs Z X 451. 552 XI 208—222.

nicht weiter verwendet werden, gleichviel ob die frühere Verwendung schon hätte unterlassen werden sollen, oder ob die Gründe, die dafür maassgebend sind, erst später zur Kenntniss oder Geltung gebracht wurden. Nun kennt aber das deutsche Gesetz keine Ausschliessung, nur eine Ablehnung eines Sachverständigen. Mag man also auch in der trotz der rechtmässig erfolgten Ablehnung eingetretenen Beiziehung des Sachverständigen einen Grund der Vernichtung des Aktes, an dem er sich betheiligte, sehen, so bietet jedenfalls das Gesetz keinen Anhaltspunkt für die Vernichtung desselben wegen nachträglicher Ablehnung. Vielmehr legt § 83 Abs. 1 es ganz in das Ermessen des Richters, „die Begutachtung durch einen anderen Sachverständigen anzuordnen, wenn ein Sachverständiger nach Erstattung des Gutachtens mit Erfolg abgelehnt ist". Es begründet also die Weiterbenutzung des früheren Gutachtens keine Nichtigkeit, und dies kann in Fällen, wo die Wiederholung der Untersuchung nicht möglich ist, wenigstens dazu führen, dass statt des gänzlichen Verlustes des Beweismittels die Beschränkung auf ein sehr bedenkliches Beweismittel eintritt. Eben darum kann aber selbst die weitere Verwendung des „mit Erfolg" abgelehnten Sachverständigen nicht unbedingt unzulässig sein: so lange es möglich ist, dass seine vorhandene Aussage im Prozess weiter verwendet wird, ist es auch und sogar doppelt nothwendig, die Gelegenheit zur Prüfung, Ergänzung und Berichtigung der früheren Aussage offen zu halten.

Immerhin aber setzt dem erwähnten Ermessen des Richters die Natur der Sache Schranken: er muss sich klar darüber sein, dass es der Wille des Gesetzes ist, das Resultat des Prozesses der Einwirkung des mit Recht abgelehnten Sachverständigen zu entziehen; er darf also von der „Begutachtung durch einen anderen Sachverständigen", d. h. also von der Vernehmung, und sofern es sich um eine Befundaufnahme handelt, von der Veranlassung einer Erneuerung derselben nur dann Umgang nehmen, wenn entweder dieselbe nicht möglich oder nach Lage der Sache die Verwendung der Aussage des abgelehnten Sachverständigen voraussichtlich nicht nöthig sein wird. Letzteres kann dann eintreten, wenn es sich nur um ein Gutachten im engeren Sinne handelt, welches für die Versetzung in Anklagestand nicht von entscheidender Bedeutung wäre, in der Hauptverhandlung aber jedenfalls durch die Vernehmung anderer Sachverständigen ersetzt werden kann. Bezüglich des Befundes, soweit derselbe irgend für erheblich zu erachten ist, ist entscheidend, dass der Regel nach die in der Voruntersuchung abgelegte Aussage in der Hauptverhandlung nicht zur Verlesung gelangt, und dass dort die Aussage eines

Sachverständigen über dieselbe einerseits genügt, andererseits unentbehrlich ist[311]. Was das Gutachten betrifft, so kann es jedenfalls in der Hauptverhandlung von anderen Sachverständigen abgegeben werden; ob noch im Vorverfahren dessen Ersatz durch den Ausspruch eines nicht abgelehnten Sachverständigen nöthig ist, hängt von der Bedeutung desselben ab. Ist die Versetzung in Anklagestand davon abhängig, so darf die Einholung eines neuen Gutachtens nicht unterbleiben.

Andere Missgriffe in der Wahl der Sachverständigen können ebenfalls die Wiederholung der Untersuchung und des Gutachtens nöthig machen, wenn diese in Folge dessen sich als unverlässlich erweisen; z. B. wenn nicht Vertreter des ausschlaggebenden Faches befragt wurden, — wenn Umstände hervortreten, welche die Unbefangenheit oder die Sorgfältigkeit des Vorganges des Sachverständigen zweifelhaft machen.

---

[311] Löwe Bem 4 zu § 83 hat hauptsächlich den Fall im Auge, wo das Gutachten zweier Sachverständiger vorliegt und wo, wie er meint, sich der Richter mit dem des nicht abgelehnten begnügen könne. Dagegen meint er, müsse der Richter, nachdem er einmal die Erhebung des Sachverständigenbeweises beschlossen und diesen daher nicht füglich für entbehrlich erklären könne, statt des einen abgelehnten Sachverständigen einen anderen beiziehen. Allein könnte nicht das gleiche über den Beschluss, zwei Sachverständige beizuziehen, wo es dem Richter freistand, sich mit einem zu begnügen, gesagt werden, und gilt es nicht in viel höherem Grade von dem Fall, wo das Gesetz selbst zwei Sachverständige fordert? Ueberdies ist ja selbst in der Hauptverhandlung das Gericht an seine Beschlüsse über Beweiserhebungen nicht gebunden; wie sollte es der Richter im Vorverfahren sein? (S. auch Puchelt Bem 4 zu § 83.) Es kann in der That zu der Zeit, wo die Ablehnung erfolgt, die Sache so liegen, dass jetzt die Entbehrlichkeit der Aussage des abgelehnten Sachverständigen deutlich erkennbar ist. — Zur Beleuchtung der ganzen Bedeutung des im Text erörterten dürfte die Gegenüberstellung des österreichischen Rechtes und der Entstehungsgeschichte des geltenden Textes (Mayer, Handbuch I 520—522) dienen. Es stellt nämlich das österreichische Recht nur Ausschliessungsgründe bezüglich der Sachverständigen auf, unbeschadet der Pflicht des Gerichtes, auch andere „erhebliche Einwendungen“ der Parteien nach Thunlichkeit zu berücksichtigen. Ist demnach ein Sachverständiger beigezogen worden, gegen welchen ein Ausschliessungsgrund besteht, so hat dies „Nichtigkeit des Aktes“ zur Folge, gleichviel ob der Ausschliessungsgrund zur Zeit des Aktes bekannt war, ob er nur einen von mehreren Sachverständigen trifft oder nicht. Namentlich bezüglich des letzteren Punktes wurde geltend gemacht, dass wenn der Akt der Befundaufnahme ein einheitlicher ist, „die gegen den Befund obwaltenden Bedenken sich gar nicht durch blosse Theilung erledigen lassen, jener vielmehr das Ergebniss des jeder späteren Controle sich entziehenden Zusammenwirkens der Sachverständigen ist“. Die Wirkung dieser Nichtigkeit des Befundaktes ist, dass die sonst zulässige Verlesung des Protokolles in der Hauptverhandlung, wenn sie gegen den Widerspruch einer Partei erfolgt, Nichtigkeit der Hauptverhandlung begründet.

2. Mängel der Untersuchung, welche die Sachverständigen vorgenommen haben, sind ganz auf dieselbe Art zu beurtheilen und zu beheben, wie Mängel gleicher Beschaffenheit, die sich beim Augenschein zeigen (s. oben S 380 ff.).

3. Bei der Ablegung der Aussage der Sachverständigen können ebenfalls Formgebrechen[312] stattfinden. Das wichtigste derselben ist die Unterlassung der Beeidigung. Da diese nach der deutschen Strafprozessordnung bis zur Hauptverhandlung verschoben werden soll, so kann im Vorverfahren jene höchstens als Verabsäumung einer durch ungewöhnliche Verhältnisse gebotenen Vorsicht angesehen werden, aber die Giltigkeit der Aussage nicht beeinträchtigen; anders natürlich wenn sie in der Hauptverhandlung oder bei einer zum Hauptverfahren gehörigen commissarischen Vernehmung unterbleibt[313]. Ueber die Ablegung und Nachtragung des Eides s. Handbuch § 58.

Die Vorschriften über die Art der Entgegennahme der Aussage der Sachverständigen im Vorverfahren lassen dem Ermessen des Richters so weiten Spielraum, dass eine Nichtigkeit begründende Formverletzung nicht wohl denkbar ist; selbst der Abweichung von den in dieser Richtung ertheilten Weisungen des Richters (z. B. Nichteinhalten der Frist zur Erstattung des schriftlichen Gutachtens, eigenmächtige Wahl der schriftlichen, statt der mündlichen Form) ist diese Wirkung nicht beizumessen: der Richter wird sich darauf beschränken, das zur Beseitigung daraus etwa entspringender sachlicher Mängel nöthige anzuordnen. — In der Hauptverhandlung ist die Vernehmungsform eine strictere, und die Verletzung der Vorschriften über das Beweisverfahren in der Hauptverhandlung wird die Vernichtung

---

[312] Mittermaier im GS 1851 I S 192.

[313] Ein solches Versehen kann bei Sachverständigen leichter vorkommen, weil man sich leichter über das Vorhandensein der Voraussetzung täuschen kann, unter welcher die Berufung auf den allgemeinen Sachverständigeneid stattfinden darf. — Die österr. StPO fordert zwar die Beeidigung der Sachverständigen schon in der Voruntersuchung unbedingt, allein nicht „bei sonstiger Nichtigkeit“; wäre sie aus Versehen unterblieben, so würde dies in der Hauptverhandlung der Verlesung des Befundes (oder des Gutachtens, sofern die sonstigen Bedingungen dafür erfüllt sind) nicht direct entgegenstehen. Wohl aber würde ein Antrag einer Partei auf eidliche Vernehmung der Sachverständigen nicht zurückgewiesen werden können, ohne die Hauptverhandlung der Vernichtung auf Grund des § 281 Z. 4 und des § 344 Z. 5 auszusetzen. Wird ein nicht vorher schon beeidigter Sachverständiger in der Hauptverhandlung unbeeidet vernommen, so begründet dies Nichtigkeit vermöge § 247 Abs. 2.

der letzteren viel öfter begründen; doch ist dabei etwas dem Sachverständigenbeweis eigenthümliches nicht zu bemerken.

Bei Verletzung der in den §§ 191. 193. 222—224 ertheilten imperativen Anordnungen würde im Falle der Vorlesung des Protokolls in der Hauptverhandlung letztere der Vernichtung ausgesetzt sein. Werden dabei die unterlaufenen Formgebrechen zur Sprache gebracht, und können sie durch Wiederholung oder Verbesserung des Aktes behoben werden, so wird dies die Gefahr der Vernichtung abwenden.

XI. Die sachlichen Mängel der Aussage sind entweder solche, welche eine Abhilfe gestatten[314], oder solche, welche lediglich der Kritik Anhaltspunkte geben, dieselbe als völlig beweisuntüchtig oder doch als minder beweiskräftig erscheinen zu lassen.

In ersterer Hinsicht beschränkt sich § 83 darauf, dem Richter die Ermächtigung zu ertheilen, „eine neue Begutachtung durch dieselben oder durch andere Sachverständige anzuordnen, wenn er das Gutachten für ungenügend erachtet". Damit ist der unvermeidliche Gegensatz berührt, den es in sich trägt, dass der Richter einerseits das Bewusstsein hat, dass es sich um Gegenstände handelt, welche er nicht zu erkennen und zu beurtheilen vermag, dass er an die bessere Kenntniss und Einsicht anderer appelliren muss, und dass er dennoch gleichzeitig ein Urtheil über die Leistung derjenigen sich bilden soll, bei welchen er diese überlegene Einsicht voraussetzen muss. Es ist indess theilweise schon früher angedeutet worden, wie der Richter, ohne sich nachträglich Fähigkeiten beizumessen, die er sich durch die Berufung

---

[314] Mittermaier, Beweis S 207. Derselbe, Strafverfahren I 569. 570 II 329 ff. Zachariä, Handbuch II 428 ff. Löwe bei § 260 Bem 2. Geyer in HH I 259. Borsani e Casorati § 712. — Hélie § 367, vol. V p 666; 2. éd. Nr 1899. Duverger Nr 149, II 95. Die österr. StPO ertheilt folgende eingehendere Vorschriften: § 125. „Weichen die Angaben der Sachverständigen über die von ihnen wahrgenommenen Thatsachen erheblich von einander ab, oder ist ihr Befund dunkel, unbestimmt, im Widerspruche mit sich selbst oder mit erhobenen Thatumständen, und lassen sich die Bedenken nicht durch eine nochmalige Vernehmung der Sachverständigen beseitigen, so ist der Augenschein, soferne es möglich ist, mit Zuziehung derselben oder anderer Sachverständigen zu wiederholen". § 126. „Ergeben sich solche Widersprüche oder Mängel in Bezug auf das Gutachten, oder zeigt sich, dass es Schlüsse enthält, welche aus den angegebenen Vordersätzen nicht folgerichtig gezogen sind, und lassen sich die Bedenken nicht durch eine nochmalige Vernehmung der Sachverständigen beseitigen, so ist das Gutachten eines andern oder mehrerer anderer Sachverständigen" (eventuell ein Facultätsgutachten) „einzuholen". Vgl. ausser den Commentaren zu diesen Paragraphen Kitka, Thatbestand S 233 ff.; Würth zu § 125 österr. StPO v. 1850; desselben Aufsatz im Jurist VII 1842 S 420 ff.; Klier in Haimerls Mag IV 272; Rulf zur StPO v. 1853 I 164—167.

der Sachverständigen selbst abgesprochen hat, in diesen Fall kommen kann. Es können also namentlich die thatsächlichen Grundlagen des Ausspruches der Sachverständigen theilweise von solcher Beschaffenheit sein, welche sie seiner Prüfung und Beurtheilung unterstellen; — es ist ferner bereits gezeigt worden, dass die Beschaffenheit der Aussage dem Richter Zweifel über die Angemessenheit der getroffenen Personenauswahl erregen und dass überhaupt die Kritik Bedenken gegen die Verlässlichkeit ergeben kann.

Was nun aber die Mittel der Abhilfe und Verbesserung betrifft, so muss man unterscheiden:

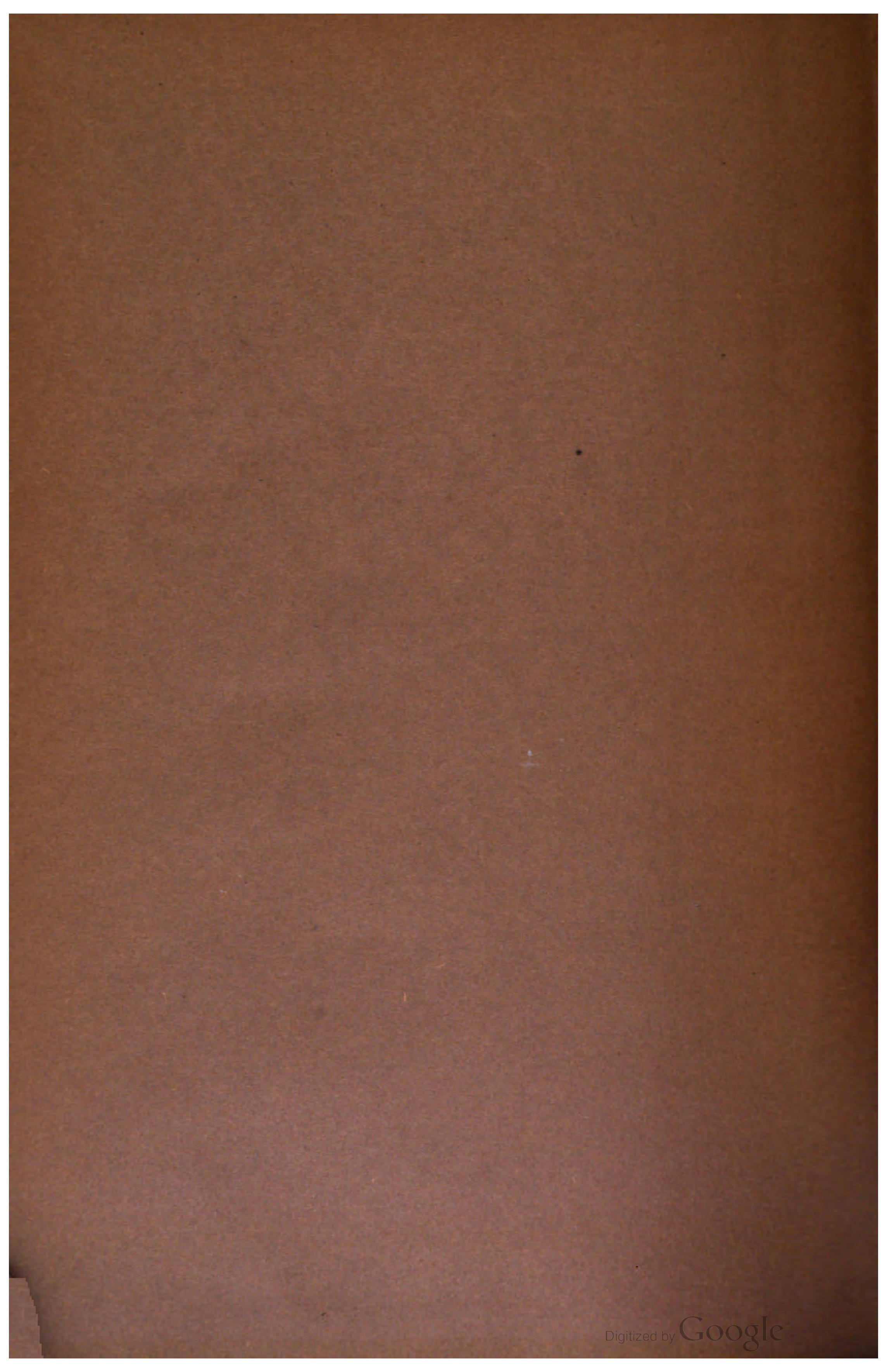
a. Mängel des Befundes und der darüber abgelegten Aussage. Haften die Mängel nur an der Aussage eines der Sachverständigen oder erregt die Nichtübereinstimmung der Aussagen der Sachverständigen Bedenken, so ist das nächste Mittel die wiederholte Vernehmung des Sachverständigen, dessen Aussage die Mängel aufweist, nöthigenfalls die aller, und die Leitung des Verhöres in der Weise, dass zur Beseitigung der Mängel Gelegenheit gegeben wird. Obgleich der Vorgang von den sonstigen Confrontirungen sehr verschieden ist, so kann sich auch hier empfehlen, einen Austausch von Fragen und Erklärungen der Sachverständigen gegen einander unter der Leitung des Richters herbeizuführen. Da wird sich dann ergeben, ob eine wirkliche Aufklärung des zweifelhaften zu erreichen ist, oder ob schliesslich sich zeigt, dass die thatsächlichen Angaben unsicher oder widersprechend seien. Ist dies der Fall, so muss, wenn irgend möglich, die Untersuchung wiederholt werden; zeigt sich dagegen, dass die Bedenken oder Differenzen die thatsächlichen Grundlagen unberührt lassen, dann ist der Fall der gleiche, wie wenn sie blos im eigentlichen Gutachten hervortreten.

b. Mängel der bezeichneten Art, im Gutachten sich zeigend, müssen zunächst in der gleichen Weise gesichtet werden. Es kann nämlich bei genauerer Prüfung sich herausstellen, dass was oberflächlich betrachtet, als Verschiedenheit der Meinung sich darstellt, in Wahrheit auf Verschiedenheit oder doch Ungleichheit (z. B. dass der eine Sachverständige eine Wahrnehmung gemacht hat, die der andere gar nicht beachtete) der thatsächlichen Grundlagen beruht. Dies würde dann bisher nicht beachtete Mängel des Befundes aufdecken und zu einer Erneuerung der Untersuchung nöthigen. Haften die Mängel aber wirklich nur dem Gutachten als solchem an, dann ist die Abhilfe hier leichter, weil nicht blos noch mehr Sachverständige befragt werden können, sondern auch bei der Auswahl der letzteren auf die nunmehr hervorgetretenen Schwierigkeiten des Falles Rücksicht genommen

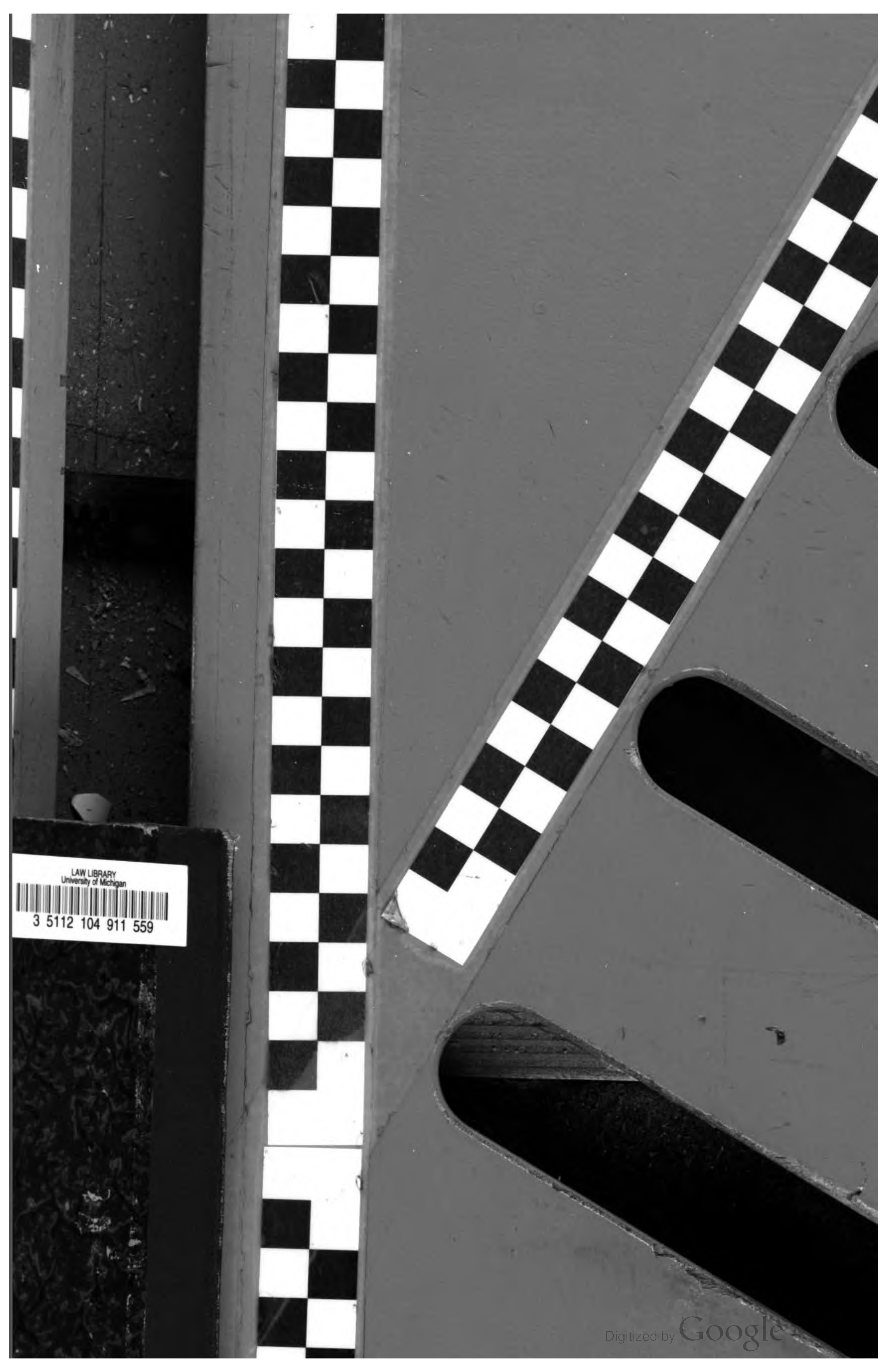
werden kann. Solche Vorkommnisse gehören, auch wenn es sich um minder wichtige Delicte handelt, zu den „wichtigeren Fällen“, in welchen nach der übrigens nach keiner Seite hin bindenden Vorschrift des Abs. 3 des § 83 „das Gutachten einer Fachbehörde“ eingeholt werden kann.

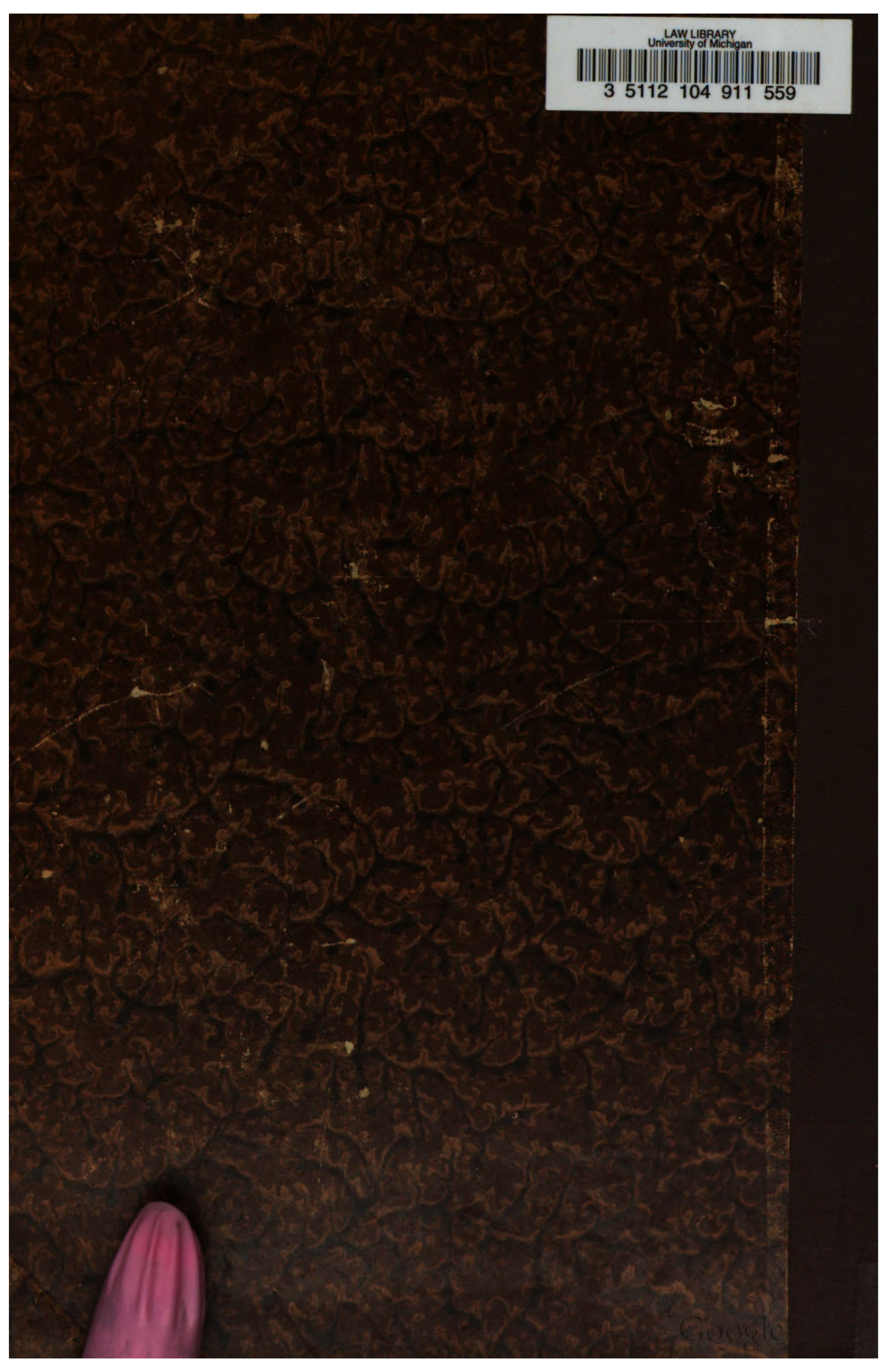
c. Der dem Urtheiler entgegentretende Mangel kann auf einen Fehler in der Schlussfolgerung zurückzuführen sein. Der Richter darf nicht leichthin annehmen, dass es nur darum sich handle; so wie in die thatsächliche Angabe sich oft unlöslich die Beurtheilung einmischt, so kann umgekehrt die Darlegung der theoretischen Voraussetzungen, von welchen der Beurtheiler ausgegangen ist, mangelhaft sein, und das scheinbar unschlüssige der gezogenen Folgerung kann sich durch das Uebergehen eines Mittelgliedes erklären. Ist dagegen der Richter sicher, dass er die thatsächlichen Annahmen und die allgemeinen Gesetze, welche bei ihrer Beurtheilung angewendet wurden, in der Aussage der Sachverständigen vollständig dargelegt findet, so ist er vollkommen in der Lage, die Richtigkeit der gezogenen Schlussfolgerung zu prüfen und die letztere abzulehnen, ja sogar eine andere selbst sich zu bilden — nur dass er bei letzterer Operation noch mehr der Gefahr eines Irrthums über die Vollständigkeit der ihm gebotenen Materialien ausgesetzt ist.


Digitized by Google




LAW LIBRARY
University of Michigan
3 5112 104 911 559


LAW LIBRARY
University of Michigan
3 5112 104 911 559
Digitized by Google


LAW LIBRARY
University of Michigan
3 5112 104 911 559
Digitized by Google